Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Heinz Schönwandt
aus Braunschweig

Göttingen 1975

Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Heinz Schönwandt
aus Braunschweig

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr.Friedrich Schaffstein
Mitberichterstatter: Professor Dr.Eckhard Horn

Tag der mündlichen Prüfung: 28.Mai 1975

LITERATURVERZEICHNIS

ANDROULAKIS — Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München und Berlin 1963

BASSENGE — Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im Zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen, Dissertation, Bonn 1961
(zitiert: Gefahrbegriff)

BAUMANN — Einschränkungen der Strafbarkeit im allgemeinen Teil des Alternativ-Entwurfs, in: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, S. 96 ff., Bielefeld 1969
(zitiert: Weitere Streitschriften)

--- — Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.Auflage Bielefeld 1969
(zitiert: AT)

--- — Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bielefeld 1975
(zitiert: AT 7.Aufl.)

--- — Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, in: NJW 1962, S. 16 ff.

BAUMGARTEN — Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Stuttgart 1888

BINDING — Der umgekehrte Irrtum, in: GS Bd.85, S. 177 ff.

BOCKELMANN — Studien zum Täterstrafrecht, 2.Teil, Berlin 1940
(zitiert: Studien)

--- — Strafrecht, Allgemeiner Teil, München 1973
(zitiert: AT)

--- — Zur Reform des Versuchsstrafrechts, in: Strafrechtliche Untersuchungen, S.150ff., Göttingen 1957
(zitiert: Untersuchungen)

BRUNS — Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, in: Festschrift für Mezger, S. 335 ff., München und Berlin 1954

BRUNS	Der untaugliche Täter im Strafrecht, Karlsruhe 1955
CRAMER	Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962 (zitiert: Vollrauschtatbestand)
DELAQUIS	Der untaugliche Versuch, Abhandlungen des Kriminalistischen Seminars der Universität Berlin, Neue Folge Bd. 3, Berlin 1904
DEUTSCH	Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität?, in: JZ 1966, S. 556 ff.
---	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963 (zitiert: Fahrlässigkeit)
---	Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, in: Festschrift für Honig, S. 33 ff., Göttingen 1970
DICKE	Zur Problematik des untauglichen Versuchs, in: JuS 1968, S. 157 ff.
DOHNA	Der Mangel am Tatbestand, in: Festgabe für Güterbock, S. 35 ff., Berlin 1910
DREHER	Strafgesetzbuch, 32.Auflage, München 1970 (zitiert: Dreher)
---	Strafgesetzbuch, 35.Auflage, München 1975 (zitiert: Dreher, 35.Aufl.)
ENGISCH	Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München 1971
---	Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: Festschrift für Rittler, S. 165 ff., Aalen 1957
---	Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931 (zitiert: Kausalität)

ENGISCH	Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd.1, S. 401 ff., Karlsruhe 1960 (zitiert: Juristentag-Festschrift)
---	Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (zitiert: Vorsatz und Fahrlässigkeit)
FIEDLER	Vorhaben und Versuch im Strafrecht. Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre, Baden-Baden 1968 (zitiert: Vorhaben)
FOTH	Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, in: JR 1965, S.366 ff.
GALLAS	Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, Gedanken zum Begriff des Verbrechens, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 1 ff., Berlin 1968 (zitiert: Beiträge)
---	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW Bd. 67, S. 1 ff.
GALLWAS	Strafnormen als Grundrechtsproblem, in: MDR 1969, S. 892 ff.
GÖSSEL	Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2.Strafrechtsreformgesetz, in: GA 1971, S. 225 ff.
GRÜNWALD	Die Beteiligung durch Unterlassen, in: GA 1959, S. 110 ff.
---	Der Versuch des Unterlassungsdelikts, in: JZ 1959, S. 46 ff.
HALL	Über das Mißlingen, in: Festschrift für Erik Wolf, S. 454 ff., Frankfurt/M. 1962

HARDWIG	Der Versuch beim untauglichen Subjekt, in: GA 1957, S. 170 ff.
---	Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, in: ZStW Bd. 68, S. 14 ff.
HENCKEL	Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Dissertation, Breslau 1930 (zitiert: Gefahrbegriff)
v.HIPPEL, Reinhard	Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, Berlin 1966 (zitiert: Rücktritt)
---	Vorsatzprobleme der Straßenverkehrsgefährdung de lege ferenda, in: ZStW Bd. 75, S. 443 ff.
v.HIPPEL, Robert	Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, 2.Teil, in: ZStW Bd. 42, S. 525 ff.
---	Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, in: ZStW Bd. 47, S. 18 ff
---	Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Berlin 1930 (zitiert: Strafrecht)
HONIG	Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe für Frank, Bd. 1, S. 174 ff., Tübingen 1930
HORN	Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln 1973
JESCHECK	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969 (zitiert: AT)
KADECKA	Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, in: ZStW Bd. 59, S. 1 ff.
KAUFMANN, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959

KOHLRAUSCH-LANGE	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43.Auflage, Berlin 1961 (zitiert: Kohlrausch-Lange)
v.KRIES	Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, in: ZStW Bd. 9, S.528 ff.
LACKNER-MAASSEN	Strafgesetzbuch, 6.Auflage, München 1970 (zitiert: Lackner-Maassen)
---	Strafgesetzbuch, 9.Auflage, München 1975 (zitiert: Lackner-Maassen, 9.Aufl.)
LAMPE	Das personale Unrecht, Berlin 1967
LANGE	Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, in: Berliner Kundgebung 1952 des Deutschen Juristentages, S. 59 ff., Tübingen 1952 (zitiert: Rechtsstaat)
---	Literaturbericht, Strafrecht - Allgemeiner Teil, ZStW Bd. 68, S. 599 ff., sowie ZStW Bd. 63, S. 456 ff.
LARENZ	Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, in: Festschrift für Honig, S. 79 ff. Göttingen 1970
LEIPZIGER	Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe und Rosenberg, fortgeführt von Nagler, 8.Auflage, 1. Bd., herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schaefer und Werner, Berlin 1957 (zitiert: Jagusch, LK 8.Aufl.) 9. Auflage, herausgegeben von Baldus und Willms, 2.Lieferung - §§ 43 bis 50 a -, bearbeitet von Busch, Berlin 1970 (zitiert: Busch, LK 9.Auflage)
v.LISZT	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1919

v.LISZT-SCHMIDT	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Auflage, Berlin und Leipzig 1932 (zitiert: Strafrecht 26.Aufl.)
MATHOFER	Der Versuch der Unterlassung, in: GA 1958, S. 289 ff.
MAIWALD	Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Festschrift für Maurach, S. 9 ff., Karlsruhe 1972
MARX	Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut', Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 65, Köln, Berlin, Bonn, München 1972 (zitiert: Zur Definition)
MAUNZ-DÜRIG-HERZOG	Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1 und 2, München 1971 (zitiert: Maunz-Dürig)
MAURACH	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Karlsruhe 1971 (zitiert: AT)
	Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969 (zitiert: BT)
---	Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens, in: NJW 1962, S. 716 ff. und S. 767 ff.
MAYER, Helmut	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953 (zitiert: StuB)
---	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1967 (zitiert: AT)
---	Strafrechtsreform für heute und morgen, Kriminologische Forschungen Bd. 1, Berlin 1962

MEZGER-BLEI	Strafrecht. Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil, 14.Auflage, München 1970 (zitiert: AT) Besonderer Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966 (zitiert: BT)
NIESE	Wahnverbrechen oder untauglicher Versuch bei falschen eidesstattlichen Versicherungen vor unzuständigen Behörden?, in: NJW 1949, S. 812 ff.
NIPPERDEY	Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, Bd. 2, S. 1 ff., Berlin 1954 (zitiert: Nipperdey, Die Grundrechte)
NOWAKOWSKY	Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien und Köln 1955 (zitiert: Grundzüge)
---	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW Bd. 63, S. 287 ff.
OEHLER	Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung. Berliner Juristische Abhandlungen Bd. 1, Berlin 1959 (zitiert: Zweckmoment)
OTTO	Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Maurach, S. 91 ff., Karlsruhe 1972
---	Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Annales Universitatis Saraviensis Bd. 61, S. 1 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1972 (zitiert: Rechtsgutsbegriff)
PETTERS-PREISENDANZ	Strafgesetzbuch. Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, 27.Auflage Berlin 1971 (zitiert: Petters-Preisendanz)
---	Strafgesetzbuch. Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, 29.Auflage Berlin 1975 (zitiert: Petters-Preisendanz, 29.Aufl.)

PUSINELLI	Untauglicher Versuch und Mangel am Tatbestand, in: JR 1950, S. 398 ff.
---	Das Wahnverbrechen, in: JR 1951, S. 196 f.
---	Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: JR 1951, S. 197 f.
RALIS	Der Begriff und die Strafbarkeit des Versuchs, in: ZStW Bd. 61, S. 1 ff.
RITTLER	Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. 1, 2.Auflage, Wien 1954 (zitiert: Strafrecht)
ROOS	Verbrecherische Willensäußerung strafbarer Versuch?, in: JR 1950, S. 206 ff.
ROXIN	Der Anfang des beendeten Versuchs, in: Festschrift für Maurach, S. 51 ff., Karlsruhe 1972
---	Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Honig, S. 133 ff., Göttingen 1970
---	Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 39, Berlin 1970 (zitiert: Kriminalpolitik)
---	Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStW Bd. 78, S. 214 ff.
---	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage, Berlin 1970 (zitiert: Offene Tatbestände)
---	Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW Bd. 74, S. 411 ff.
---	Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage, Hamburg 1967

ROXIN	Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch; Teil IV und V, in: JuS 1973, S. 329 ff.
---	Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: JuS 1964, S. 373 ff.
RUDOLPHI	Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 58, Göttingen 1966
---	Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, in: MDR 1967, S. 1 ff.
---	Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Honig, S. 151 ff., Göttingen 1970
---	Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Maurach, S. 51 ff., Karlsruhe 1972
RUDOLPHI, HORN, SAMSON, SCHREIBER	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, Frankfurt/M. 1975 (zitiert: (Bearbeiter), Kommentar)
SALAMON	Vollendete und versuchte Beihilfe, Dissertation, Göttingen 1968
SALM	Das versuchte Verbrechen, Karlsruhe 1957
SAUER	Allgemeine Strafrechtslehre, Eine lehrbuchmäßige Darstellung. 3.Auflage, Berlin 1955 (zitiert: Strafrechtslehre)
SAX	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, 3.Bd., 2.Halbbd., S. 909 ff., Berlin 1955 (zitiert: Sax, Die Grundrechte)
---	Zum logischen und sachlichen Gehalt des sogenannten Umkehrschlusses aus § 59 StGB, in: JZ 1964, S. 241 ff.

SCHAFFSTEIN	Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift für Honig, S. 169 ff., Göttingen 1970
---	Zur Auslegung des Begriffs der "heimtückischen" Tötung als Mordmerkmal, in: Festschrift für H.Mayer, S. 419 ff., Berlin 1966
SCHMIDHÄUSER	Der Unrechtstatbestand, in: Festschrift für Engisch, S. 433 ff., Frankfurt M. 1969
---	Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958 (zitiert: Gesinnungsmerkmale)
---	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1970 (zitiert: AT)
SCHNEIDER	Der abergläubische Versuch, in: GA 1955, S. 265 ff.
SCHÖNKE-SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, 16. Auflage, München und Berlin 1972 (zitiert: Schönke-Schröder)
SCHRÖDER	Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, in: ZStW Bd. 81, S. 7 ff.
SCHWANDER	Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweizerischen Strafgesetzbuch, in: SchwZStr Bd. 66, S. [illegible] ff.
SINA	Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel 1962 (zitiert: Dogmengeschichte)
SPENDEL	Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, in: ZStW Bd.69, S. [illegible] ff.
---	Grundfragen jeder Strafrechtsreform. Eine Studie zur Systematik des Strafrechts, in: Festschrift für Rittler, S. 39 ff., Aalen 1957

SPENDEL	Kritik der subjektiven Versuchstheorie, in:NJW 1965, S. 1881 ff.
---	Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie, Anmerkung zu BGHSt 11, 268, in: JuS 1969, S.314 ff.
---	Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Festschrift für Stock, S. 89 ff., Würzburg 1966
STÖGER	Versuch des untauglichen Täters, Berlin 1961 (zitiert: Versuch)
STOPFKUCHEN	Strafbare und nicht strafbare Fälle des untauglichen Versuchs, Dissertation, Freiburg 1972 (zitiert: Untauglicher Versuch)
STRATENWERTH	Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Festschrift für Gallas, S. 227 ff., Berlin und New York 1973
---	Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, in: SchwZStr Bd. 79, S.233 ff.
---	Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. 1, Berlin, Bonn, München 1971 (zitiert: AT)
---	Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, in: Festschrift für v.Weber, S. 171 ff., Bonn 1963
TRAUB	"Die umgekehrte Parallelwertung in der Laiensphäre" - Wahndelikt oder untauglicher Versuch, Anmerkung zu BGHSt 13, 235, in: JuS 1967, S. 113 ff.
TREPLIN	Der Versuch - Grundzüge des Wesens und der Handlung -,in: ZStW Bd.76, S.441 ff.
WOLZ	Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Dissertation, Göttingen 1968 (zitiert: Abstrakte Gefährdungsdelikte)

WAIBLINGER	Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung, in: SchwZStr Bd.72, S. 121 ff.
WEGNER	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951 (zitiert: AT)
WELZEL	Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969 (zitiert: Strafrecht)
WÜRTENBERGER	Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2.Auflage, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 7, Karlsruhe 1959 (zitiert: Strafrechtswissenschaft)
ZIPF	Kriminologischer und strafrechtlicher Verbrechensbegriff, in: MDR 1969, S. 889 ff.

	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil, Tübingen 1966 (zitiert: AE)
	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn 1960 (zitiert: E 60)
	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn 1962 (zitiert: E 62)
	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd., 14. bis 25. Sitzung, Bonn 1958 (zitiert: Niederschriften)

Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. 3, Berlin 1908

(zitiert: VDA)

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
EINFÜHRUNG		1
ERSTER TEIL	Darstellung und Kritik der weit überwiegenden Meinung, der subjektiven Versuchstheorie	6
Erster Abschnitt	Die Meinungen im Schrifttum	6
1.	Die subjektive Versuchstheorie ieS	7
2.	Die Lehre vom personalen Unrecht	8
3.	Die h.M.	9
4.	Die Auffassung Waiblingers	10
5.	Die Eindruckstheorie und ähnliche Auffassungen	10
6.	Die Theorie von der Gefährlichkeit des Täters	12
7.	Die Auffassung Schmidhäusers	13
Zweiter Abschnitt	Die Rechtsprechung	14
Dritter Abschnitt	Konsequenzen und Ergebnisse der dargestellten Auffassungen	17
1.	Der Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt	17
2.	Der Versuch des untauglichen Subjekts	17
3.	Der abergläubische bzw. irreale Versuch	18
4.	Die Abgrenzung zum Wahndelikt	18

Seite

Vierter Abschnitt — Auseinandersetzung mit der subjektiven Versuchstheorie unter Ausklammerung der jeweils vertretenen Grundauffassung 20

1. Der Versuch des untauglichen Subjekts 20

2. Der abergläubische bzw. irreale Versuch 23

3. Die Abgrenzung vom Wahndelikt 28

4. Das Argument der Ungefährlichkeit jedes Versuchs 33

5. Das Argument der Gleichwertigkeit aller Bedingungen 34

6. Der untaugliche Versuch als rechtswidriger Angriff im Rahmen des § 53 35

7. Der untaugliche Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts 37

8. Das Argument der tatbestandsähnlichen Handlung 40

9. Das Argument der Klarheit und Brauchbarkeit der Ergebnisse 41

ZWEITER TEIL — Der innere Grund der Strafbarkeit des Versuchs 44

Erster Abschnitt — Der verbrecherische Wille als unmittelbarer Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 46

1. Die Fragestellung 46

2. Auseinandersetzung 48

3. Erweiterung der Fragestellung durch die Auffassung Lampes 67

Seite

Zweiter Abschnitt Der verbrecherische Wille in Verbindung mit einer abstrakten Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung bzw. einer Störung des Rechtsfriedens als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 70

Dritter Abschnitt Der verbrecherische Wille in Verbindung mit einem Eindrucksmoment als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 78

Vierter Abschnitt Die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts durch einen intensiven, wertwidrigen Willen in Verbindung mit einem Geltungsschaden als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 80

Fünfter Abschnitt Die Gefährlichkeit des Täters als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 91

Sechster Abschnitt Die Rechtsgutsgefährdung als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit 93

DRITTER TEIL Grundlagen für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung 104

Erster Abschnitt Rechtsgutsgefährdung und Deliktstatbestand 104

Zweiter Abschnitt Struktur und Begriff des Versuchs 107

Dritter Abschnitt Der Anknüpfungspunkt für das dem Versuch innewohnende Gefahrmoment 110

Vierter Abschnitt Strukturen des Begriffs "Gefahr" 112

1. Die Struktur der abstrakten Gefahr 113

2. Die Struktur der konkreten Gefahr 114

		Seite
Fünfter Abschnitt	Die Gefahr im Rahmen der objektiven Zurechnung	117
1.	Das Prinzip der Adäquanz	118
2.	Das Prinzip der Risikoerhöhung	125
VIERTER TEIL	Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf der Grundlage der Risikoerhöhung	132
Erster Abschnitt	Die abstrakte Gefährlichkeit als Maßstab der Risikoerhöhung	133
1.	Die abstrakte Gefährlichkeit im Sinne der abstrakten Gefährdungsdelikte	133
2.	Die abstrakte Gefährlichkeit der älteren objektiven Versuchstheorie	135
Zweiter Abschnitt	Die konkrete Gefährdung als Maßstab der Risikoerhöhung	139
1.	Die konkrete Gefahr im Sinne der konkreten Gefährdungsdelikte	139
2.	Die konkrete Gefährdung	141
Dritter Abschnitt	Die konkrete Gefährlichkeit als Maßstab der Risikoerhöhung	147
Vierter Abschnitt	Die Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit als Maßstab der Risikoerhöhung	156
1.	Grundlagen	156
2.	Folgerungen	165
3.	Die Feststellung der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit im Einzelfall	172

Seite

Fünfter Abschnitt Zusammenfassung und Ergebnis des Vierten Teils 179

FÜNFTER TEIL Abschließende Überlegungen 182

Erster Abschnitt Die Vereinbarkeit des dargelegten Prinzips der Risikoerhöhung mit den §§ 22, 23 des 2. StRG 182

1. Die Auslegung der §§ 22, 23 des 2. StRG 182

2. Die Vereinbarkeit des Prinzips der Risikoerhöhung mit den §§ 22, 23 des 2. StRG 190

Zweiter Abschnitt Ergebnis, Schlußbetrachtung und Gesetzesvorschlag 191

E I N F Ü H R U N G

Die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs schien bis vor kurzem ein Problem zu sein, das keiner weiteren Erörterung bedurfte und als entschieden angesehen werden konnte[1]. Von einigen kurzen Stellungnahmen im Sinne einer mehr objektiven Versuchstheorie abgesehen[2], herrschte in der Rechtsprechung völlige, in der Literatur fast einhellige Übereinstimmung darüber, daß grundsätzlich jeder untaugliche Versuch strafbar sei[3]. Eine Ausnahme gilt für den irrealen bzw. abergläubischen Versuch. Dieselbe Auffassung liegt den §§ 26, 27 E 62 und den §§ 24, 25 AE zugrunde.

Diese Einmütigkeit wurde zunächst von Spendels Abhandlung "Neubegründung einer objektiven Versuchstheorie"[4] erschüttert. Vollends wieder aufgeworfen wurde die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und damit die Frage nach dem Strafgrund des Versuchs schlechthin durch die Neufassung des Allgemeinen Teils im 2.StRG. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht hier § 23 Abs. 3, nach dem nicht oder nur milder bestraft werden soll, wer zwar zur Tatbestandsverwirklichung nach seiner Vorstellung

---

1) Das kommt insbesondere zum Ausdruck bei GÖSSEL, GA 1971, S. 228; MAURACH, AT S. 504 f.

2) PUSINELLI, JR 1950, S.398 f.; JR 1951, S.197.; vgl. auch JR 1951, S.196 f.; ROOS, JR 1950, S. 206; DICKE, JuS 1968, S.157 ff.; vgl. auch OEHLER, Zweckmoment, S.111 bis 128 und TREPLIN, ZStW 76, S.441 ff.

3) H.MAYER, StuB, S.143 hält diese von Literatur und Rechtsprechung vertretene, allgemein als subjektive Versuchstheorie benannte Auffassung schon für gewohnheitsrechtlich gesichert.

4) SPENDEL, Festschrift für Stock, S.89 ff.; vgl. schon NJW 1965, S.1881 ff. und JuS 1969, S.314 ff.

unmittelbar angesetzt hat, dabei jedoch aus grobem Unverstand verkannt hat, daß der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte.

Ob es aber - wie Maurach meint [5] - als bedauerlich angesehen werden muß, daß die Frage nach dem Grund der Strafbarkeit des Versuchs durch das 2. StRG erneut aufgeworfen wurde, mag bezweifelt werden. Immerhin ist nicht zu übersehen, daß die heute h.M. ihre Festigung erst in den dreißiger Jahren erfahren hat und keinesfalls gesichert ist, ob diese Auffassung einem Strafrecht, das seit 1949 dem Grundgesetz unterworfen ist, noch entspricht [6]. Hinzu kommt, daß die hier interessierende Frage in den dreißiger Jahren, bedingt durch die politischen Verhältnisse, eher abgebrochen als ausgetragen worden [7] ist. Des weiteren ist man sich heute weitgehend darüber einig, die Hypertrophie des Strafens einzudämmen [8]. Gerade eine subjektive Versuchstheorie hat aber eine Ausdehnung des Strafens zur Folge, wie anhand der erzielten Ergebnisse und einiger Urteile des RG [9] und des RKG [10], aber auch des BGH [11] deutlich wird. Ob schließlich in Konsequenz der h.M. Ergebnisse erzielt werden, die als vernünftig und tragbar angesehen werden können, ist m.E. recht fraglich.

Deshalb erscheint es berechtigt, die h.M. kritisch zu untersuchen und es erneut zu wagen, nach dem Grund und der Ausdehnung der Strafbarkeit des un-

5) MAURACH, AT, S.505

6) Zweifel daran hatte schon PUSINELLI, JR 1950, S. 398 und JR 1951, S.198

7) ebenso DICKE, JuS 1968, S. 157

8) vgl. statt vieler: BAUMANN, Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, S.96 ff.; H.MAYER, Strafrechtsreform für heute und morgen ,S.57 ff.

9) vgl. RGSt 72, 109 (112); RG JW 1938, 798

10) RKG 2, 58

11) besonders krass aufgrund einer subjektiven Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme BGHSt 11, 268

tauglichen Versuchs zu fragen. Dem Bedenken Maurachs, daß nicht wieder "verstaubte Bibliotheken zu einem gespenstischen neuen Leben erwachen" [12], kann insofern Rechnung getragen werden, als der Meinungsstreit um die Strafwürdigkeit und Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht bis auf seine Anfänge hin untersucht werden soll [13]. Wir wollen uns vielmehr so weit wie möglich auf die heute vertretenen Meinungen beschränken und ältere, d.h. nur mehr vor 1945 vertretene Auffassungen, lediglich dann heranziehen, wenn es das Verständnis und die Sache fördert.

Gerade weil die Diskussion um den untauglichen Versuch - wenn auch vielfach unausgesprochen - von der Bejahung oder Verneinung der Strafwürdigkeit entscheidend beeinflußt wird [14], liegt hier der methodische Ansatz Roxins [15] nahe, kriminalpolitische Erwägungen mit der Strafrechtssystematik zu vereinen. Die nachfolgenden Überlegungen haben sich daher sowohl an der Strafrechtssystematik als auch an der kriminalpolitischen Richtigkeit der Ergebnisse zu orientieren. Wie die langwährende Diskussion um die Lösung der hier interessierenden Frage lehrt, kann es weiterhin nicht ausreichen, zunächst ein Axiom hohen Abstraktionsgrades zu finden, um dann allein logisch-deduktiv und damit schematisch die

---

12) MAURACH, AT, S. 505

13) Zumal hier entsprechende Arbeiten vorliegen; vgl. BAUMGARTEN, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Stuttgart 1888; DELAQUIS, Der untaugliche Versuch, Berlin 1904; GERMANN, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, AARAU, 1914; SCHÜLER, Mangel am Tatbestand, Breslau 1914; v.GEMMINGEN, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Breslau 1932. Weitgehend mit der älteren Literatur und Rechtsprechung befaßt sich in neuester Zeit STOPFKUCHEN, Strafbare und nicht strafbare Fälle des untauglichen Versuchs, Dissertation, Freiburg 1972.

14) ebenso MAURACH, AT, S. 505

15) ROXIN, Kriminalpolitik, S. 40 ff.

Frage zu entscheiden. Vielmehr muß im Rahmen strafrechtssystematischer Überlegungen der spezifische Rechtsstoff im Auge behalten werden. Für unsere Arbeit heißt das, bei der Frage nach der Natur des Unrechts die Besonderheit der Struktur des Versuchs zu beachten. Ferner sind kriminalpolitische Erwägungen sowohl bei der Frage nach der Natur des Unrechts als auch bei der Darlegung der Gründe für die Strafbarkeit des Versuchs mit heranzuziehen.

Es soll sonach mit dieser Arbeit versucht werden, die für bzw. gegen eine Auffassung zur Strafbarkeit des Versuchs sprechenden Argumente abzuwägen und zu einer Lösung zu gelangen, die einer modernen, rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung entspricht und deren Ergebnisse mit einer angemessenen, aber nicht hypertrophen Sanktionspolitik vereinbar sind.

Dazu wollen wir zunächst die subjektive Versuchstheorie im einzelnen untersuchen, ohne hierbei jedoch schon den von dieser Auffassung angenommenen Grund der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zu betrachten. Das soll vielmehr einem nachfolgenden Abschnitt vorbehalten bleiben, in dem ferner unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes als zentraler Aufgabe des Strafrechts die eigene Auffassung zum Grund der Strafbarkeit des Versuchs als Ausgangspunkt für eine objektive Versuchstheorie darzustellen ist. Sodann gilt es, die Struktur des für eine objektive Versuchstheorie entscheidenden Begriffs "Gefahr" herauszuarbeiten, um anschließend die Frage klären zu können, welcher Gefahrbegriff der eigenen Auffassung zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zugrunde gelegt werden muß. Nach

Darstellung der weiteren Einzelheiten der eigenen Auffassung sowie deren Überprüfung anhand von Beispielen ist abschließend zu untersuchen, ob die mit dieser Arbeit vorgetragene Meinung mit den §§ 22 und 23 2.StRG vereinbar ist.

E R S T E R T E I L

DARSTELLUNG UND KRITIK DER WEIT ÜBERWIEGENDEN MEINUNG, DER SUBJEKTIVEN VERSUCHSTHEORIE

Soweit hier wie sonst von der subjektiven Versuchstheorie gesprochen wird, ist zu beachten, daß genau genommen von der subjektiven Versuchstheorie nicht die Rede sein kann. Unter dieser Bezeichnung verbirgt sich eine Anzahl zum Teil erheblich voneinander abweichenden Meinungen. Sie erzielen jedoch grundsätzlich über die Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs Einigkeit und stimmen dahin überein, daß als unmittelbarer oder auch mittelbarer Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit des Versuchs der in jedem Versuch zum Ausdruck kommende verbrecherische Wille angesehen werden muß.

Erster Abschnitt

Die Meinungen im Schrifttum

Die Stellungnahme zum Grund der Strafbarkeit des Versuchs ist für die Beantwortung unserer Frage von entscheidender Bedeutung. Andere Gesichtspunkte oder Argumente dienen in der Regel nur zur Unterstützung der jeweils vertretenen Grundauffassung bzw. als Kriterium für Abgrenzungsfragen.

Danach lassen sich folgende Auffassungen herausarbeiten.

1. Die subjektive Versuchstheorie ieS

Den ausschließlichen Grund für die Strafbarkeit des Versuchs sehen einige Autoren [1] darin, daß der Gesetzgeber den verbrecherischen Willen bekämpfen wolle. Ein solcher Wille manifestiere sich auch im untauglichen Versuch.

Mit der bekannten Entscheidung des RG vom 24.5. 1880 [2] lehnt Wegner das Gefahrmoment als entscheidendes Kriterium für die Strafbarkeit des Versuchs ab [3]. Jeder Versuch habe gezeigt, daß er von vornherein ungefährlich bzw. untauglich gewesen sei, meinen neben Wegner auch Baumann [4] und Preisendanz [5].

Baumann ist ferner der Ansicht [6], daß tauglicher und untauglicher Versuch sich rechtsethisch nicht unterscheiden. Außerdem bestehe zwischen diesen beiden Arten des Versuchs auch deshalb kein Unterschied, weil alle Bedingungen gleichwertig seien [7]. Den oft zur Abgrenzung vom Wahndelikt benutzten Umkehrschluß aus § 59 [8] lehnt er als irrig ab [9].

Schröder wiederum sieht den Auflehnungswillen des Täters als subjektives Unrechtselement an, das die Tat trotz eventuellen Fehlens einer objektiven Gefährlichkeit als rechtswidrig erscheinen lasse [10].

---

1) BAUMANN, AT, S.486; PETTERS-PREISENDANZ, § 43 Anm. III 2; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43 Anm. 30 und Vorbem. 6 vor § 43; WEGNER, AT, S. 228 f.

2) RGSt VSt 1, 439

3) WEGNER, AT, S. 228 f.

4) BAUMANN, AT, S. 511

5) PETTERS-PREISENDANZ, § 43 Anm. III 2

6) BAUMANN, AT, S. 511

7) BAUMANN, AT, S. 511

8) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB

9) BAUMANN, NJW 1962, S. 18

10) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 6 vor § 43

2. Die Lehre vom personalen Unrecht

Bockelmann [11] ist der Auffassung, daß das Unrecht sich nicht in Rechtsgutsverletzungen und -gefährdungen erschöpfe, sondern einen personalen Kern habe. In Konsequenz dieser Auffassung hält er den untauglichen Versuch deshalb für strafwürdig, weil auch hier personales Unrecht gegeben sei, nämlich "der Abfall des Täters von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung". Eine ähnliche Meinung vertritt Hardwig [12].

Lampe [13] geht davon aus, daß personales Unrecht dann zur Strafbarkeit genüge, wenn es Beziehungsunrecht darstelle. Als Beziehungsunrecht sieht Lampe die Störung des Rechtsfriedens an, die auch im untauglichen Versuch zum Ausdruck komme. Eine Lehre von der personalen Natur des Unrechts vertritt neben Gallas [14] auch Bruns [15], obwohl er von "Handlungsunrecht" spricht [16].

Ebenso ist für Welzel das Unrecht in erster Linie täterbezogenes, personales Handlungsunrecht [17]. Hinsichtlich der hier interessierenden Frage steht Welzel zwar terminologisch der h.M. nahe, unterscheidet sich aber von ihr darin, daß er mehr auf die abstrakte Gefährlichkeit des Willens abstellt [18],

11) BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 156 f.; vgl. auch Niederschriften S.174 f.

12) HARDWIG, GA 1957, S. 171

13) LAMPE, Das personale Unrecht, S. 218

14) GALLAS, in: Niederschriften, S. 195

15) BRUNS, Der untaugliche Täter im Strafrecht, S.12

16) Sofern man mit BOCKELMANN, GALLAS und LAMPE den Begriff "personales Unrecht" als ein in erster Linie durch subjektive Momente geprägtes Unrecht auffaßt, hingegen den Begriff "Handlungsunrecht" für ein objektives Verhalten, das auf die Tatbestandsverwirklichung hin tendiert, verwendet, ist eine Abschichtung des Begriffs "personales Unrecht" vom Begriff "Handlungsunrecht" noch nicht überall erfolgt; vgl. etwa WELZEL, Strafrecht, S. 4.

17) WELZEL, Strafrecht, insbes. S. 62

18) WELZEL, Strafrecht, S. 192 f.

während die h.M. mehr von der abstrakten Gefährlichkeit des Täterverhaltens unter Berücksichtigung des Willens ausgeht [19].

Nach Bockelmann muß als Voraussetzung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eine subjektiv-tatbestandliche Handlung vorliegen [20]. Den schon erwähnten Umkehrschluß aus § 59 hält Bockelmann für fragwürdig, aber zur Abgrenzung vom Wahndelikt dennoch für geeignet [21]. Hardwig hingegen lehnt diesen Schluß gänzlich ab [22], während Bruns meint [23], daß eine subjektive Versuchstheorie auf ihn als Abgrenzungskriterium nicht verzichten könne.

3. Die h.M.

Die heute wohl h.M. stellt als Strafgrund des Versuchs ein mehr objektives Moment - die Gefährlichkeit - in den Vordergrund. Indem sich auch beim untauglichen Versuch der verbrecherische Wille des Täters manifestiert habe, werde hier ebenso wie beim tauglichen Versuch die Auflehnung des Täters gegen die Norm offenbar. Darin sei jedoch eine, wenn auch abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung zu sehen [24]. Dieser Auffassung folgen weiterhin der E 62 [25] und der AE [26].

---

19) siehe sogleich unter 3.

20) BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 156 f.

21) BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 166 f.; vgl. auch Niederschriften, S. 179

22) HARDWIG, GA 1957, S. 172 ff.

23) BRUNS, Der untaugliche Täter im Strafrecht, S.15; ähnlich SAX, JZ 1964, S. 242

24) besonders deutlich bei MAURACH, AT, S.508; weiterhin: BUSCH, LK 9.Aufl., § 43 Anm. 1, 14, 44 und 45; ENGISCH, Festschrift für Rittler, S.175; JAGUSCH, LK 8. Aufl., § 43 Anm. I; LACKNER-MAASSEN, § 43 Anm. 2 a) und b); SCHWALM, in: Niederschriften, S. 188; STRATENWERTH, AT, S. 195 f.

25) E 62, Amtliche Begründung, S. 143

26) AE, S. 63 und 65

Zusätzlich weisen Busch und Jagusch darauf hin, daß beim untauglichen Versuch eine tatbestandsähnliche Handlung vorliege [27].

Die abstrakte Gefährlichkeit der Handlung ist zugleich Abgrenzungsmerkmal zum abergläubischen bzw. irrealen Versuch, der nach h.M. straflos ist. Das Wahndelikt wird weitgehend mit Hilfe des Umkehrschlusses aus § 59 von der Strafbarkeit ausgenommen und vom untauglichen Versuch abgehoben [28].

4. Die Auffassung Waiblingers

Waiblinger [29] bezieht im Gegensatz zur h.M. die Gefährlichkeit des Willens [30] auf ein konkretes, geschütztes Rechtsgut. Ein untauglicher Versuch sei nur dann strafbar, wenn sich der objektiv manifestierte, gefährliche verbrecherische Wille des Täters unzweideutig auf die Verletzung eines geschützten Rechtsguts richte. Ob der Wille gefährlich sei, sei nach dem Grad und der Unwiderruflichkeit des Tatentschlusses zu beurteilen.

5. Die Eindruckstheorie und ähnliche Auffassungen

Blei [31] und Jescheck [32] fordern ebenso wie die h.M., daß neben dem verbrecherischen Willen ein objektives Moment vorliegen müsse. Im Gegensatz zur h.M. sei

---

27) BUSCH, LK 9.Aufl., § 43 Anm. 44, 45 und 55; JAGUSCH, LK 8.Aufl., § 43 Anm. I 2

28) zurückhaltend hier aber LACKNER-MAASSEN, § 43 Anm. 2 a); MAURACH, NJW 1962, S. 717; SCHWAIM, in: Niederschriften, S. 188

29) WAIBLINGER, SchwZStr 72, S. 127

30) auch darin, daß Waiblinger allein auf den Willen abstellt, besteht ein Gegensatz zur h.M.

31) MEZGER-BLEI, AT, S. 253 f.

32) JESCHECK, AT, S. 352

dies jedoch der Eindruck, den die Tat hervorrufen könne. Nach dieser Auffassung ist ein untauglicher Versuch dann strafbar, wenn durch die Tat das Gefühl der Rechtssicherheit in der Allgemeinheit erschüttert werden kann. Dieses Eindrucksmoment soll mit Ausnahme des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs bei jedem Versuch gegeben sein.

Hier werden allerdings die Grenzen zur Lehre vom personalen Unrecht und vor allem zur h.M. fließend. Denn wenn etwa Welzel die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs für unerträglich hält [33], dann scheint hinter dieser Äußerung die Befürchtung zu stehen, das schlechte Beispiel könne Schule machen bzw. die Allgemeinheit in ihrem Gefühl der Rechtssicherheit erschüttern. Auch in der Begründung Maurachs für die Straflosigkeit des irrealen Versuchs[34] - er errege nicht Besorgnis sondern Mitleid - tritt das Eindrucksmoment deutlich zutage.

Eine der Eindruckstheorie ähnliche Auffassung vertritt Salm [35]. Er stellt in erster Linie auf die Willensgefahr ab, hält aber eine solche Gefahr nur dann für relevant, wenn zugleich ein Geltungsschaden vorliege. Ein Geltungsschaden sei gegeben, sofern sich im Verhalten des Täters offenbart, daß die Geltung der Norm offensichtlich und unerträglich erschüttert wird.

Mit einer vergleichbaren Konstruktion arbeitet Fiedler. In seinem Modell des Fehlverhaltens setzt sich der Versuch aus Wollen und Ausführen zusammen. Da das Ausführen sich als am Wollen orientiertes Verhalten darstelle, könne es sowohl auf einen

---

33) WELZEL, Strafrecht, S. 193

34) MAURACH, AT, S. 510

35) SALM, Das versuchte Verbrechen, besonders deutlich S. 157 ff.

seienden als auch auf einen intentionalen Gegenstand gerichtet sein, hier also auf eine tatsächliche wie auch nur vermeintliche Tatbestandsverwirklichung [36]. Weil danach auch der irreale Versuch strafbar wäre, fügt Fiedler ebenso wie Salm seiner Hauptthese ein Korrektiv hinzu: Das Verhalten des Täters müsse in der sozialen Welt noch als real erscheinen [37].

6. Die Theorie von der Gefährlichkeit des Täters

Nach Sauer [38], der grundsätzlich eine objektive Versuchstheorie vertritt, ist im Falle der Untauglichkeit des Mittels der Versuch aus kriminalpolitischen Gründen dann strafbar, wenn sich bei zutreffender Beurteilung des Täters das Mittel zu einer Rechtsgutsverletzung geeignet hätte [39]. Letztlich sei in einem solchen Falle der Täter selbst gefährlich [40].

Prononcierter wird diese Auffassung von Lange [41] und seinem Schüler Stöger [42] vertreten. Nach ihrer Meinung müsse als Voraussetzung für die Strafbarkeit eines Versuchs prinzipiell eine objektive Rechtsgutsgefährdung gegeben sein. Sei das einmal nicht der Fall, so genüge auch, daß der Täter sich als gefährlicher Angreifer eines bestimmten Rechtsguts erwiesen habe. So stelle zwar ein untauglicher Versuch keine objektive Rechtsgutsgefährdung dar, aber

36) FIEDLER, Vorhaben, insbesondere S. 76 ff.

37) FIEDLER, Vorhaben, insbesondere S. 84 ff.

38) SAUER, Strafrechtslehre, S. 109

39) ähnlich ROXIN, Offene Tatbestände, S.159, der sich ebenfalls von einer objektiven Auffassung aus beim untauglichen Versuch damit begnügen will, daß sich der Versuch als Rechtsgutsgefährdung hätte erweisen müssen, wenn die Vorstellung des Täters richtig gewesen wäre.

40) Zu welchen Konsequenzen diese Auffassung zwingen kann, wird bei SAUER, Strafrechtslehre, S. 111, deutlich.

41) KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. III 3 vor § 43

42) STÖGER, Versuch, insbes. S.53 ff. und S.62 ff.

der Täter habe durch eben diesen Versuch gezeigt, daß er das betreffende Rechtsgut verletzen wolle, und sei damit als gefährlicher Angreifer dieses Rechtsguts zu betrachten. Anders sei es nur im Falle des irrealen Versuchs, da es hier an der objektiven Gefährlichkeit des Täters fehle.

7. Die Auffassung Schmidhäusers

Eine differenzierte Position bezieht Schmidhäuser[43]. Seiner Auffassung nach ist zunächst jeder Versuch strafbar, der eine objektiv-konkrete Rechtsgutsgefährdung darstellt. Strafbar ist ein Versuch jedoch auch dann, wenn er sich zwar nicht als Rechtsgutsgefährdung erweist, aber die Handlung in ihrer subjektiven Tendenz rechtsgutsverletzend ist (sog. "Zielunrecht"). Aufgrund seiner von der h.M. abweichenden Auffassung von der Struktur des Vorsatzes gelangt Schmidhäuser in einigen Fällen in Bestätigung der Ergebnisse der Theorie vom Mangel am Tatbestand zur Straflosigkeit. Es sind dies die Fälle, die neben einem bestimmten tatbestandlichen Erfolg, dessen Verwirklichung Handlungsziel des Täters ist, noch eine bestimmte Tatsituation voraussetzen. Da diese Tatsituation nicht Handlungsziel sein könne, müsse sie objektiv vorliegen, damit der Täter wegen Versuchs bestraft werden kann [44]. Ein typisches Beispiel hierfür sei etwa der Falscheid vor einer unzuständigen Stelle [45].

---

43) SCHMIDHÄUSER, AT, insbesondere S. 486 f.
44) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 480 und 487
45) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 481

Zweiter Abschnitt

Die Rechtsprechung

Wenn man die hier infrage kommenden Entscheidungen des BGH untersucht, dann wird deutlich, daß für den BGH der Schwerpunkt der Problematik nicht auf der grundsätzlichen Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs liegt. Im Vordergrund steht vielmehr die Abgrenzung des untauglichen Versuchs, der nach Auffassung des BGH prinzipiell strafbar ist, vom straflosen Wahndelikt [46].

So ließ erst die Stellungnahme des BGH zu der Frage, ob auch bei § 49 a die am untauglichen Versuch entwickelten Grundsätze angewendet werden können, den Ausgangspunkt des BGH erkennen: Der untaugliche Versuch "ist strafbar, weil auch in ihm der verbrecherische Wille des Täters bereits hinreichend deutlich offenbar wird" [47].

Eine ausführliche Darlegung seiner Auffassung erfolgte schließlich in der Entscheidung vom 29.4. 1958 [48]. Der BGH wies hier auf die seit der grundlegenden Entscheidung des RG vom 24.5.1880 [49] bestehende ständige Rechtsprechung hin, nach der die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nur aus den inneren Gründen der Strafbarkeit des Versuchs schlechthin zu lösen sei. Danach ergebe sich, daß die Strafbarkeit des Versuchs sich gegen

46) Vgl. BGHSt 1, 13; 2, 74; 3, 248; 8, 263; 13, 235; 14, 345; 15, 210; 16, 155

47) BGHSt 4, 254; der BGH ist hier, ohne den Sachverhalt mitzuteilen, davon ausgegangen, daß eine Strafbarkeit gemäß § 49 a auch dann gegeben sei, wenn der Angriffsgegenstand der Verbrechensverabredung überhaupt nicht vorhanden sei.

48) BGHSt 11, 324 (326 ff.)

49) RGSt VSt 1, 439

den zutage getretenen verbrecherischen Willen richte, während die Strafbarkeit des vollendeten Deliktes gegen die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges gerichtet sei. Somit könne es bei der Bestimmung des Anfangs der Ausführung bzw. des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung nicht darauf ankommen, ob die Handlung den Erfolg überhaupt herbeiführen konnte, sondern nur darauf, ob die Handlung nach der Vorstellung des Täters zur Erfolgsverwirklichung geeignet war.

Die vom RG für diese Grundauffassung angeführte Begründung, die seinerzeit aus der Kausalitätslehre v. Buris abgeleitet wurde, hält der BGH nicht aufrecht, auch wenn dies nicht expressis verbis gesagt wird. Vielmehr stützt er seine Ansicht darauf, daß auch der untaugliche Versuch gefährlich sei. Die Gefährlichkeit des Versuchs wird vom BGH jedoch nicht als konkrete Rechtsgutsgefährdung bzw. als Gefährdung eines bestimmten Handlungsobjekts verstanden, sondern mit Maurach und Welzel als abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung durch den Auflehnungswillen des Täters aufgefaßt [50].

Danach wären an sich auch solche Handlungen strafbar, die terminologisch als Wahndelikt oder als abergläubischer bzw. irrealer Versuch angesehen werden.

Um dieser unerwünschten Konsequenz zu entgehen, zieht

---

50) vgl. insbes. BGHSt 11, 268 (271). Der Angeklagte M. hatte hier auf der Flucht nach einem Versuch des gemeinschaftlichen Einbruchsdiebstahls auf den hinter ihm laufenden Mitangeklagten P. geschossen in der irrigen Annahme, es handele sich um einen Verfolger. Unter Verwendung der subjektiven Teilnahmetheorie sowie vor allem aufgrund der im obigen Text dargestellten Auffassung zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs verurteilte der BGH auch den P. wegen versuchten Mordes. Vgl. zu dieser Entscheidung auch die Anmerkung SPENDELS in JuS 1969, 314 ff.

der BGH zur Abgrenzung des Wahndelikts vom untauglichen Versuch § 59 als Grundlage der Irrtumsregelung heran, da er sowohl das Wahndelikt als auch den untauglichen Versuch als umgekehrte Irrtumsfälle ansieht. Beide unterscheiden sich dann nur noch durch die Qualität des Irrtums. Wenn ein umgekehrter Tatbestandsirrtum gegeben sei, dann liege ein strafbarer untauglicher Versuch vor; handele es sich aber um einen umgekehrten Verbotsirrtum, so sei ein straflos Wahndelikt anzunehmen [51].

Ein "klassischer" Fall des abergläubischen Versuchs [52] lag dem BGH noch nicht zur Entscheidung vor. Die Entscheidung vom 19.2.1954 [53], die einen Fall auf der Grenze zwischen untauglichem und irrealem Versuch behandelte, zeigt aber, daß es dem BGH nicht gelungen ist, sichere und rational nachprüfbare Kriterien für eine Abgrenzung des straflosen irrealen Versuchs vom strafbaren untauglichen Versuch zu finden.

---

51) Vgl. die schon in Anm. 46) angeführten Entscheidungen

52) gedacht sei hier an den Sachverhalt, der der Entscheidung des RG vom 21.6.1900 - RGSt 33, 321 - zugrunde lag; die Angeklagte B. hatte, nachdem sich die Mitangeklagte Sch. dazubereit erklärt hatte, die letztere aufgefordert, ihren Ehemann durch Teufelsbeschwörungen zu töten. Das RG sprach die Angeklagte frei, weil solche Beschwörungen überhaupt kein Mittel zur Erfolgsverwirklichung seien und daher eine Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens nicht vorliege.

53) BGH LM Nr. 10 zu § 49 a; der Angeklagte hatte hier die schwangere Mitangeklagte R. aufgefordert, das erwartete Kind bei der Geburt im Becken steckenzulassen, bis es sterbe. Der BGH wertete dieses Ansinnen als ernstliche Aufforderung zum Totschlag und verurteilte den Angeklagten gemäß § 49 a.

Dritter Abschnitt

Konsequenzen und Ergebnisse der dargestellten Auffassungen

1. Der Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt

Soweit es sich um einen Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt handelt, der sich nicht durch eine besondere Irrealität auszeichnet, gelangen mit Ausnahme von Schmidhäuser[54] alle Vertreter der zuvor dargestellten Auffassungen wie auch die Rechtsprechung zur Strafbarkeit dieses Versuchs.

2. Der Versuch des untauglichen Subjekts

Strittig ist dagegen die Behandlung des Versuchs eines untauglichen Subjekts [55]. Fraglich ist hier vor allem, ob ein Extraneus, der sich für einen Beamten hält, wegen Versuchs der Amtsunterschlagung, Bestechung usw. bestraft werden kann. Außerhalb der Amtsdelikte stellt sich diese Frage bei all den Deliktstatbeständen, die als Normadressaten nur einen bestimmten Personenkreis - zumeist in einer besonderen Situation [56] - ansprechen.

Während in diesen Fällen die einen [57] ein Wahndelikt

---

54) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 486 f.; s.o. S. 13

55) einen guten Überblick gibt MAURACH, AT, S.511 f.

56) z.B. Ärzte in § 278; Ärzte, Rechtsanwälte in § 300

57) BAUMANN, AT, S.511; FOTH, JR 1965, S.260; H. MAYER, AT, S.288; HARDWIG, GA 1957, S.170; SCHMIDHÄUSER, AT, S.494; WELZEL, Strafrecht,S.194. Ausgenommen ist allerdings der Fall, bei dem die Untauglichkeit des Subjekts auf der des Objekts beruht. Hier liegt auch nach den soeben angeführten Autoren ein strafbarer untauglicher Versuch vor.

oder weder ein Wahndelikt noch einen untauglichen Versuch und damit ebenfalls Straflosigkeit annehmen, sehen die anderen [58] auch hierin einen untauglichen Versuch, der strafbar ist. Eine differenzierende Auffassung vertreten Lange[59], Stöger[60] und Salm[61]. Der BGH hat sich zu dieser Frage - soweit ersichtlich - noch nicht geäußert [62].

3. Der abergläubische bzw. irreale Versuch

Nahezu einhellig [63] wird der abergläubische bzw. irreale Versuch für straflos gehalten. Die Begründung dafür ist jedoch unterschiedlich; ebenso besteht keine einheitliche Auffassung über die Vorfrage, in welchen Fällen ein Versuch als irreal beurteilt werden muß [64] [65].

4. Die Abgrenzung zum Wahndelikt

Auch bei der Abgrenzung des untauglichen Versuchs vom straflosen Wahndelikt werden sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung Unterschiede zwischen den einzelnen Richtungen der subjektiven Versuchstheorie iwS deutlich.

---

58) BRUNS, Der untaugliche Täter im Strafrecht, insbes. S.42; BUSCH, LK 9.Aufl., § 43 Anm.49; DREHER, § 43 Anm. 2 B a); JAGUSCH, LK 8.Aufl., § 43 Anm. II 2 b); MAURACH, AT, S.511 f.;MEZGER-BLEI, AT, S.250 f.; PETTERS-PREISENDANZ, § 43 Anm. III 2 b); SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43 Anm.41.

59) KOHLRAUSCH-LANGE, § 43 Anm. VI a) und b)

60) STÖGER, Versuch, insbes. S. 68 f. und 77 f.

61) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 101

62) Auch BGHSt 8,263 (268) kann nicht herangezogen werden. Die ältere Rechtsprechung ist wohl eher der Auffassung, daß es sich um einen strafbaren Versuch handele; vgl. einerseits RGSt 8,198 (199) - dazu aber RG GA Bd.32,243 (244) - und RGSt 29, 419 (420), andererseits RGSt 72,109 und RKG 2,53; vgl. dazu NIETHAMMER, anläßlich der Besprechung des Mezgerschen Studienbuches "Strafrecht, Allg. Teil", DRZ 1949, S. 429.

63) Anders nur die Begründung zum E 62; vgl. dort S. 144 l.Sp.

64) Einen Überblick gibt SCHMIDHÄUSER, AT, S. 486

65) Auch hier ist wieder auf BGH LM Nr. 10 zu § 49 a hinzuweisen.

Obwohl vielfach der Umkehrschluß aus § 59 als anfechtbar angesehen wird, stellt er dennoch das maßgebende Abgrenzungskriterium dar [66]. Dabei ergeben sich jedoch Schwierigkeiten. Zwar wird die Handlung des Täters, der den Sachverhalt zutreffend beurteilt und dessen Handlung nicht auf die Verwirklichung eines Tatbestandes gerichtet ist, der aber sein Tun dennoch irrtümlich für strafbar hält, unstrittig als Wahndelikt angesehen [67]. Ebenso handelt es sich unstreitig um ein Wahndelikt, wenn der Täter ein an sich geschütztes Rechtsgut verletzen will, er jedoch den Inhalt der Norm fälschlich erweitert. Strittig ist aber die Beurteilung des Falles, in dem der Täter irrig ein normatives Tatbestandsmerkmal für erfüllt hält [68]. Nach überwiegender Auffassung soll es hier darauf ankommen, ob der Täter eine richtige, d.h. den Inhalt des Gesetzes im konkreten Fall treffende, oder eine falsche laienhafte Wertung vorgenommen hat. Die irrige Annahme eines normativen Tatbestandsmerkmals bei falscher laienhafter Wertung führt danach zum Wahndelikt, dieselbe Annahme bei richtiger laienhafter Wertung zum untauglichen Versuch. Hier ist jedoch nicht zu verkennen, daß im Einzelfall eine präzise Beantwortung der Frage, ob ein umgekehrter Subsumtionsirrtum - dann Wahndelikt - oder ein umgekehrter Bedeutungsirrtum - dann untauglicher Versuch - vorliegt, kaum möglich ist [69].

66) Auch wenn einige Entscheidungen des BGH den gegenteiligen Eindruck zu erwecken scheinen, so wird heute mit wenigen Ausnahmen der Umkehrschluß nur noch zur Abgrenzung und nicht zur Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs verwendet.

67) vgl. statt vieler MAURACH, AT, S. 511

68) vgl. MAURACH, AT, S.513; ein gutes Beispiel dafür ist BGHSt 13, 235 (240 f.)

69) Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten vgl. vor allem: BAUMANN, NJW 1962, S.17; FOTH, JR 1965, S.369 f.; MAURACH, NJW 1962, S.719 und 770; NIESE, NJW 1949, S. 813; TRAUB, JuS 1967, S.115 ff. mit weiteren Nachweisen S. 115 Fn. 16

Vierter Abschnitt

Auseinandersetzung mit der subjektiven Versuchstheorie unter Ausklammerung der jeweils vertretenen Grundauffassung

Geht man zunächst von der Richtigkeit der jeweils vertretenen Grundauffassung der oben dargestellten Meinungen aus - dem jeweils angenommenen inneren Grund der Versuchsstrafbarkeit -, so ist fraglich, inwieweit diese Meinungen von ihrer Grundauffassung her die anstehenden Fragen zu lösen vermögen. Insbesondere sind die Fragen der Strafbarkeit des untauglichen Subjekts, der Abgrenzung vom irrealen Versuch und der Abgrenzung vom straflosen Wahndelikt zu untersuchen. Außerdem ist zu fragen, ob die zur Unterstützung vorgebrachten Argumente wie die "Gleichwertigkeit aller Bedingungen"[70], die auch beim untauglichen Versuch gegebene "tatbestandsähnliche Handlung"[71] usw. sich als stichhaltig erweisen.

1. Der Versuch des untauglichen Subjekts

Setzt man den "Entschluß" in § 43 mit Vorsatz gleich und versteht man unter Vorsatz das "vom Wissen beherrschte Wollen der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes" [72], geht man ferner davon aus, daß die Handlung des Täters nur insoweit relevant ist, als sie ein objektiv bestimmbares Ansetzen zur Tat nach der Vorstellung des Täters darstellt, so erscheint es nur konsequent, auch denjenigen als Täter

---

70) so z.B. BAUMANN, AT, S. 511

71) BUSCH, LK 9.Auflage, § 43 Anm. 44 f.

72) so MAURACH, AT, S. 253

eines untauglichen Versuchs zu bestrafen, der mangels Qualifikation ein nur von einem bestimmten Personenkreis begehbares Delikt von vornherein nicht vollenden konnte [73)74)]. Dieser Fall ist nicht anders zu beurteilen als derjenige, in dem der Täter das Tatbestandsmerkmal "fremd" in Verkennung der Wirklichkeit als vorliegend erachtete und deshalb den Versuch nicht zur Vollendung führen konnte. Betont man vor allem die Gleichwertigkeit aller Bedingungen [75)], so kann der Versuch des untauglichen Subjekts nicht anders behandelt werden als der Versuch am untauglichen Objekt. Wenn demgegenüber Welzel einwendet, daß die irrige Annahme einer Pflicht eine objektiv fehlende Pflicht nicht ersetzen könne [76)], so bleibt offen, weshalb das einerseits - bei den Amtsdelikten - zutreffen soll, andererseits - etwa bei den Eidesdelikten - jedoch nicht. Bei der Betrachtung der hier infrage kommenden Fallgestaltungen ist festzuhalten, daß der Täter jeweils eine Pflichtenstellung - hier als Beamter, dort als Zeuge - irrig annimmt, obwohl objektiv eine solche Stellung nicht besteht [77)]. Ebensowenig wird deutlich, warum sich im Versuch eines untauglichen Subjekts kein "Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung bzw. keine abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung" offenbart.

73) so folgerichtig die S. 18 Fn. 58 d.A. angeführten Autoren.

74) ebenso folgerichtig trotz Annahme der Straflosigkeit SCHMIDHÄUSER, AT, S.494, da seine Vorsatzdefinition von derjenigen der h.M. abweicht, so daß er z.B. im Tatbestandsmerkmal "Beamter" ein Merkmal sieht, das nicht Handlungsziel des Täters sein kann, sondern nur die Tatsituation beschreibt.

75) WEGNER, AT, S. 229 ; BAUMANN, AT, S. 511

76) WELZEL, Strafrecht, S. 194 f.

77) vgl. insbesondere MAURACH, AT, S. 521; FOTH, JR 1965, 371

Hinsichtlich der differenzierenden Auffassung Langes und Stögers mag eingeräumt werden, daß zwischen echten Sonderdelikten und eingeschränkten Gemeindelikten unterschieden werden kann [78]. Legt man jedoch der Erörterung des untauglichen Versuchs den Gedanken zugrunde, der Täter werde deshalb bestraft, weil er sich, wie der untaugliche Versuch gezeigt habe, in naher Zukunft als gefährlicher Angreifer des betreffenden Rechtsguts erweisen könnte[79], so leuchtet nicht ein, wie dieser Gedanke mit der angeführten Unterscheidung und den von Lange und Stöger erzielten Ergebnissen vereinbart werden kann. Wenn bei einem untauglichen Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren die Täterin bestraft werden soll, weil sie demnächst schwanger werden und einen tauglichen Abtreibungsversuch begehen könnte, dann müßte konsequenterweise auch der Extraneus wegen eines untauglichen Versuchs der Amtsunterschlagung deshalb bestraft werden, weil er unter Umständen Beamter werden könnte und somit in die Lage versetzt wäre, einen tauglichen Versuch zu begehen.

Wollte man weiterhin die Straflosigkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts vertreten, so bliebe nach alledem nur, diesen Versuch entweder dem Wahndelikt gleichzustellen [80] oder nach Sinn und Zweck des jeweiligen Deliktstatbestandes für straflos zu erklären [81].

78) STÖGER, Versuch, S. 71 ff.

79) STÖGER, Versuch, S. 68

80) Fraglich ist dann jedoch, inwieweit die Straflosigkeit des Wahndelikts begründet ist, siehe dazu S. 28 ff. d.A.

81) so HARDWIG, GA 1957, 174 f. Im Gegensatz zu Welzel ist die Auffassung Hardwigs insofern schlüssig, als er alle Delikte, die eine gesteigerte Qualifikation des Täters verlangen, gleich behandelt. So muß nach dieser Ansicht eine gesteigerte Pflichtenstellung objektiv vorliegen, sofern eine teleologische Auslegung der Norm ergibt, daß Unrecht und Strafe nur an diese Stellung des Subjekts geknüpft sind. Ein Nichtqualifizierter kann - Hardwig zufolge - dann zwar einen untauglichen Versuch begehen, dieser Versuch ist aber nicht strafbar.

2. Der abergläubische bzw. irreale Versuch

Bei der Behandlung des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs treten Schwierigkeiten schon bei der Vorfrage auf, welche Fallgestaltungen dieser Versuchskategorie zuzuordnen sind. Während der abergläubische Versuch noch relativ faßbar ist, sofern man darunter den Versuch der Tatbestandsverwirklichung mit transzendenten Mitteln wie Totbeten, Verwünschen und dergleichen versteht [82)83)], ist eine Definition des irrealen Versuchs aus der Sicht der subjektiven Versuchstheorie kaum möglich. Die Frage, ob etwa der Versuch einer Schwangeren, das Kind bei der Geburt im Becken stecken zu lassen [84)], einen "normal" untauglichen oder einen irrealen Versuch darstellt, kann dann letztlich nur mit Hilfe des Rechtsgefühls entschieden werden.

Darüber hinaus ist vom subjektiven Standpunkt ein Differenzieren zwischen "normal" untauglich und untauglich wegen der besonderen Irrealität des Mittels widersprüchlich. Es leuchtet nicht ein, daß bei der prinzipiellen Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs das Kriterium der Tauglichkeit bzw. Gefährlichkeit der Handlung abgelehnt wird, aber dasselbe Kriterium bei der Entscheidung über die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit des irrealen Versuchs herangezogen wird.

Die Folgerichtigkeit dieses Vorgehens ist dagegen den Autoren gegenüber einzuräumen, die ihrer prin-

---

82) RGSt 33, 321; vgl. auch BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 160 f.

83) Ein Versuch am abergläubischen Objekt erscheint kaum denkbar, ganz zu schweigen von dem Versuch eines abergläubischen Subjekts.

84) vgl. BGH LM Nr. 10 zu § 49 a

zipiellen Auffassung zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs von vornherein ein objektives Moment zugrunde gelegt haben[85]. Allerdings bleibt immer noch unklar, warum zwar der Täter eines "normal" untauglichen, aber nicht der Täter eines irrealen Versuchs in naher Zukunft dasselbe Rechtsgut soll gefährden können[86]. Der Beweis für diese These steht aus; ebenso sind Fälle untauglicher oder sogar tauglicher Versuche denkbar, die fehlgeschlagen sind und vom Täter nicht wiederholt werden[87]. Ferner bleibt offen, wo die Grenze für eine mögliche Erschütterung des Rechtsgefühls[88] bzw. für eine Störung der Rechts- und Friedensordnung[89] zu ziehen ist und wann eine Handlung soziale Realität[90] besitzt. Mit diesen Begriffen kann eine klare Abgrenzung strafbarer von straflosen Fallgestaltungen nicht erreicht werden.

Um der unerwünschten Konsequenz der Strafbarkeit des irrealen Versuchs zu entgehen, ohne in Widerspruch zur jeweils vertretenen Grundauffassung zu treten, wird auch folgendes vorgebracht: Es fehle bei einem irrealen Versuch am Tatentschluß, da von einem Wollen der Tatbestandsverwirklichung keine Rede sein könne, vielmehr nur ein Wünschen gegeben sei[91]. Hier ist zwar richtig, daß bloßes

---

85) siehe S. 12 f. d.A.

86) so KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. III 3 vor § 43; STÖGER, Versuch, S. 53 ff. und 62 ff.

87) ebenso GÖSSEL, GA 1971, 230

88) JESCHECK, AT, S. 352; MEZGER-BLEI, AT, S.251

89) MAURACH, AT, S.510; WELZEL, Strafrecht, S.193

90) FIEDLER, Vorhaben, S. 84 ff.; vgl. auch BAUMANN, AT, S.512

91) DREHER, § 43 Anm. 2 B a); JESCHECK, AT, S.352; SCHMIDHÄUSER, AT, S.486; WEGNER, AT, S.226; Amtliche Begründung zum E 62, S. 145

Wünschen oder gar Hoffen kein Wollen darstellt und im Einzelfalle der Wille zur Tatbestandsverwirklichung fehlen mag [91 a)], aber diese Auffassung ist, wie etwa die Entscheidung des RG vom 21.6.1900[92)] zeigt, wegen ihres Anspruches auf Allgemeingültigkeit unzutreffend[93)]. Wer ein Mittel gewählt hat, das nach seiner Meinung zur Erreichung des Erfolges geeignet ist, und wer begonnen hat, diesen Erfolg zu verwirklichen, der zeigt damit, daß es ihm ernst war, daß er den Erfolg wollte und nicht lediglich wünschte.

Eine weitere Auffassung geht dahin, den irrealen Versuch deshalb straflos zu lassen, weil die verbrecherische Energie bzw. der verbrecherische Wille hier nicht stark genug sei, wie aus der besonderen Untauglichkeit der Handlung hervorgehe [94)]. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, daß es zum einen unerklärlich ist, weshalb die Tauglichkeit der Handlung an dieser Stelle relevant sein soll, während sie an anderer Stelle für irrelevant erklärt wird [95)]. Zum anderen ist erst zu erweisen, daß gerade die Tauglichkeit der Handlung der Maßstab für die Stärke der verbrecherischen Energie des Täters ist. Schließlich fehlt auch der Nachweis dafür, daß im Rahmen aller untauglichen und sogar tauglichen Versuchshandlungen die Stärke der verbrecherischen Energie unterschiedlich ist [96)].

91 a) Man denke etwa an die im Schrifttum oft verwendeten Fälle, in denen der Neffe seinen Erbonkel wiederholt auf eine Schiffsreise oder während des Gewitters auf eine Anhöhe schickt in der Hoffnung, der Onkel möge dabei umkommen. Ist sich der Neffe dabei bewußt, daß der Tod des Onkels hier nur aufgrund des zufälligen Wirkens von Naturkräften einzutreten vermag, wird ein Wollen des Erfolgseintrittes nicht vorliegen.

92) RGSt 33,321; der Sachverhalt wurde bereits bei Anm. 52) dargestellt.

93) ebenso GÖSSEL, GA 1971, 230

94) WELZEL, Strafrecht, S.193

95) Vgl. auch BGH LM Nr.10 zu § 49 a; die Tauglichkeit der Handlung ist wesentlicher Gesichtspunkt der Strafzumessung.

96) vgl. Reinhard v.HIPPEL, Rücktritt vom Versuch, S. 13

Einen anderen Weg weist Gössel[97]. Er will die Grenze zwischen untauglichem und irrealem Versuch dort festsetzen, "wo der Handelnde die Grenze der Realität dadurch überschreitet, daß er sein Handeln am Wirken irrealer Kräfte ausrichtet"[98]. Das solle zunächst der Fall sein, wenn der Täter ein Mittel verwendet, "dessen reale Existenz nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht nachweisbar ist"[99]. Dasselbe gelte, wenn sich der Täter der "nicht nachweisbaren realen Herrschaft oder eines real nicht nachweisbaren Einflusses auf ein real existierendes Mittel bedient"[100]. Ebenso sei straflos der Versuch "an einem nicht nachweisbar real existierenden Objekt, dessen Existenz auf das Wirken irrealer Kräfte zurückgeführt wird"[101]. Der Grund für die Straflosigkeit dieser Fälle liege darin, daß hier kein unmittelbares Ansetzen gegeben sei, da vor der Tatbestandsverwirklichung die jenseits der Realität liegenden Kräfte erst in die reale Wirkung umgesetzt werden müßten[102].

Abgesehen davon, daß von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat - entgegen Gössel - dann gesprochen werden könnte, wenn man die Grundsätze des Versuchs in mittelbarer Täterschaft heranzieht, erscheint der Ansatz Gössels zutreffend, das Bemühen von Kräften, die jenseits der wissenschaftlichen Nachweisbarkeit liegen, als straflos anzusehen. Gleichwohl

---

97) GÖSSEL, GA 1971, 232 ff.

98) aaO. S. 233; ähnlich SCHNEIDER, GA 1955, 265, dessen Definition des irrealen Versuchs jedoch, wie Gössel - aaO. S. 233 - zutreffend nachweist, ebenso einen Großteil aller untauglichen Versuche erfaßt.

99) eine ähnliche Formulierung findet sich in der Entscheidung RGSt 33, 321 (323)

100) GÖSSEL, GA 1971, 234

101) aaO. S. 234

102) aaO. S. 234

ist diese Auffassung zu eng, da sie nur den sogenannten abergläubischen Versuch erfaßt, der - soweit ersichtlich - seit dem Jahre 1900 die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht mehr beschäftigt hat. Der sogenannte irreale Versuch dagegen, bei dem zwar nicht überirdische Kräfte umgesetzt werden, der aber wegen der in ihm zutage getretenen Unsinnigkeit dem abergläubischen Versuch gleichgestellt werden kann, wird von der angeführten Definition Gössels nicht erfaßt. Das gilt insbesondere für jene Fallgestaltungen, in denen die Irrealität auf der Relation zwischen eingesetztem Mittel und beabsichtigtem Erfolg beruht, wie an folgendem Beispiel Gössels deutlich wird: Der "nach Auffassung der 'Abtreiberin' durch einen Kuß gezeugte Embryo (ist) regelmäßig untaugliches, ausnahmsweise aber dann irreales [103] Objekt, wenn besondere, real nicht nachweisbare Kräfte - 'reine' Liebe - zur Zeugung bemüht werden"[104]. Hier braucht nur gefragt zu werden, ob denn ein Kuß für die Zeugung eines Embryos eine real nachweisbare Kraft sein soll, um das Absurde einer solchen Abgrenzung zwischen untauglichem und irrealem Versuch aufzuzeigen.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, daß die Vertreter der subjektiven Versuchstheorie zwar richtig den abergläubischen bzw. irrealen Versuch als nicht strafwürdig empfunden, aber eine überzeugende Begründung für die Straflosigkeit dieses Versuchs nicht erbracht haben.

---

103) "irreal" im Sinne von "abergläubisch"
104) GÖSSEL, GA 1971, 234

3. Die Abgrenzung vom Wahndelikt

Bruns zufolge[105] gewährleistet erst der Umkehrschluß aus § 59 für die subjektive Versuchstheorie das an den Tatbestand anknüpfende Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, indem er eine klare Abgrenzung zum Wahndelikt ermögliche. Da auch sonst der Umkehrschluß als maßgebendes Abgrenzungskriterium benutzt wird[106], ist zu untersuchen, ob er diese Funktion erfüllen kann.

Verkürzt und nur auf vorsätzlich begehbare Delikte anwendbar [107], lautet § 59 [108]:

(1) Stets wenn Nichtannahme vorhandener Tatumstände, — Grund — so notwendig keine Zurechnung, — Folge —

Diese Formel wird nach h.M. umgekehrt in:

(2) Stets wenn irrige Annahme nicht vorhandener Tatumstände, — Grund — so notwendig Zurechnung. — Folge —

Bei dieser Umkehrung werden jedoch zwei Fehler deutlich. Einmal muß der Grund für die notwendige Nichtzurechnung im Urteil (1) nicht nur ein hinreichender, sondern der einzige Grund sein, damit auch die Umkehrung - Urteil (2) - ein apodiktisches Urteil ergibt. Das ist jedoch nicht der Fall, weil trotz

---

105) BRUNS, Der untaugliche Täter im Strafrecht, S.15

106) vgl. z.B. BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, S.166 f.; BUSCH, LK 9.Aufl., § 43 Anm. 56

107) Denn nur solche Delikte kommen für die Frage der Strafbarkeit des Versuchs in Betracht.

108) vgl. zum folgenden insbesondere SPENDEL, ZStW 69, 440ff. und NJW 1965, 1885 ff.; ferner: HARDWIG, GA 1957, 172 ff.; BAUMANN, NJW 1962, 17/18; SAX, JZ 1964, 241 ff.

Annahme von Tatumständen eine Strafbarkeit ausscheidet, also keine Zurechnung erfolgt, wenn z.B. Rechtfertigungsgründe eingreifen. Die Umkehrung zu Urteil (1) kann daher nur ein problematisches Urteil (2) ergeben:

(2) Stets wenn irrige Annahme nicht vorhandener Tatumstände, so möglicherweise Zurechnung.

Außerdem ist die Umkehrung als solche unrichtig, denn das Gegenteil von "Nichtannahme vorhandener Tatumstände" ist die Annahme vorhandener Tatumstände, nicht aber die "irrige Annahme nicht vorhandener Tatumstände".

Dem hält Sax entgegen [109], daß hier mit einer falschen Prämisse gearbeitet werde. Zurechnung sei nicht mit der Strafbarkeit gleichzusetzen, sondern heiße nur: Zurechnung zum Vorsatz.

Abgesehen davon, daß nach der Entstehungsgeschichte des § 59 mehr für eine Gleichsetzung des Begriffs "Zurechnung" mit dem Begriff "Strafbarkeit" spricht [110], ist Sax zu erwidern, daß nach seiner Auslegung des § 59 diese Norm überflüssig wäre. Da Vorsatz - kurz - Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung bedeutet, ist evident, daß bei Unkenntnis von Tatumständen, d.h. ohne das Wissen um die Tatbestandsverwirklichung, kein Vorsatz gegeben ist [111].

Aber auch wenn diese Prämisse und damit die logisch abgeleiteten Folgerungen richtig seien, so meint

---

109) SAX, JZ 1964, 242

110) v.HIPPEL, VDA Bd. 3, S. 486 f.

111) SPENDEL, NJW 1965, 1886

Sax [112], gingen sie an der Sache vorbei. Der Umkehrschluß stelle nämlich nur eine Umkehrung des aus § 59 entnommenen, allgemeinen Rechtsgedankens dar, demzufolge eine Handlung nicht strafbar sei, wenn dem Täter die verbrecherische Gesinnung fehle. Das sei der Fall, wenn der Täter die Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes nicht als gegeben angenommen habe. Setzte man das Wollen des Täters voraus, dann laute Urteil (1):

(1) Stets wenn Nichtannahme von Tatumständen (vorhandene oder nicht vorhandene),	so notwendig keine verbrecherische Gesinnung.

Die Umkehrung sei dann:

(2) Stets wenn Annahme von Tatumständen (vorhandene oder nicht vorhandene),	so notwendig verbrecherische Gesinnung.

Diese Umkehrung hätte aber nur dann ein apodiktisches Urteil zum Inhalt, wenn bei Urteil (1) die Nichtannahme von Tatumständen der einzige Grund für die Verneinung der verbrecherischen Gesinnung wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn zumindest dann liegt gleichfalls keine verbrecherische Gesinnung vor, wenn der Täter zwar die Tatumstände gekannt und angenommen, sein Tun aber entschuldigt für erlaubt gehalten hat, also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit unvermeidbar fehlte[113] [114]. Deshalb kann die Umkehrung des Urteils (1) nur ein problematisches Urteil (2) ergeben:

(2) Stets wenn Annahme von Tatumständen (vorhandene oder nicht vorhandene),	so möglicherweise verbrecherische Gesinnung, vielleicht aber auch nicht.

112) SAX, JZ 1964, 243 ff.

113) SPENDEL, NJW 1965, 1887

114) Nach der Vorsatztheorie wäre hier sogar der Vorsatz und damit ebenfalls eine verbrecherische Gesinnung zu verneinen.

Mit einem solchen Schluß, der die Entscheidung noch offen läßt, kann eine sichere Abgrenzung zum Wahndelikt jedenfalls nicht getroffen werden.

Gleichwohl ist einzuräumen, daß eine Umkehrung der Irrtumsregelung sich zur Lösung geradezu anbot und mit der Ablehnung des Umkehrschlusses aus § 59 allein noch nicht beiseite geschoben werden kann. Die Argumentation litt allerdings daran, daß mit Hilfe des Umkehrschlusses nicht nur - wie vorgegeben wurde - eine begriffliche Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt erreicht, sondern zugleich eine Entscheidung zugunsten der Strafbarkeit des ersten und der Straflosigkeit des letzten herbeigeführt werden sollte. Anders ist es nicht zu verstehen, daß man eine Regelung heranzog, die über Zurechnung bzw. Nichtzurechnung urteilt. Hätte man nur zu einer begrifflichen Abgrenzung gelangen wollen, so hätte folgende Formel näher gelegen: Ein umgekehrter Tatbestandsirrtum stellt begrifflich einen Versuch dar, ein umgekehrter Verbotsirrtum dagegen ein Wahndelikt [115]. Freilich läge damit noch keine Aussage über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bzw. die Straflosigkeit des Wahndelikts vor.

Wollte man dagegen auch mit dieser Umkehrung zugleich wieder ein Urteil über die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit fällen, so wäre dies ebenso unzutreffend. Zunächst ist auch nach der subjektiven Versuchstheorie nicht jeder umgekehrte Tatbestandsirrtum ein strafbarer untauglicher Versuch. Das

---

115) vgl. schon BINDING, GS 85, 187 ff.; in neuerer Zeit u.a. TRAUB, Anm. zu BGH NJW 1959, 2173 (= BGHSt 13, 235) in NJW 1960, 359 sowie JuS 1967, 113 ff.

zeigt sich bei der Behandlung des irrealen Versuchs, der straflos ist, ebenso wie in solchen Fällen, in denen der Täter irrig das Vorliegen eines normativen Tatbestandsmerkmals angenommen hat, obwohl er richtig erkannt hat, daß im konkreten Fall seine Qualifikation oder sein Tun oder das Tatobjekt der Bedeutung der Norm nicht entspricht. Hierbei ist gleichgültig, ob der Täter eine zutreffende rechtliche Beurteilung der Norm vorgenommen und daraus zunächst den richtigen Schluß für den konkreten Fall gezogen hat, oder ob er nur den Sachverhalt als solchen richtig gedeutet hat[116].

Nach allem ist festzuhalten, daß weder der Umkehrschluß aus § 59 noch die Formel: "Jeder umgekehrte Tatbestandsirrtum führt zum strafbaren untauglichen Versuch" als zutreffend angesehen werden kann. Zulässig ist allein eine Abgrenzung der Begriffe "Wahndelikt" und "untauglicher Versuch" mit Hilfe folgender Umkehrungen. Ein Wahndelikt liegt vor, soweit es sich um einen umgekehrten Verbotsirrtum oder - bei normativen Tatbestandsmerkmalen - um einen umgekehrten Subsumtionsirrtum handelt. Ein untauglicher Versuch ist gegeben, wenn ein umgekehrter Tatbestandsirrtum bzw. - bei normativen Tatbestandsmerkmalen - ein umgekehrter Bedeutungsirrtum anzunehmen ist. Ob ein solcher Versuch allerdings strafbar ist, muß nach anderen Kriterien entschieden werden. Ebenso bleibt offen, ob ein umgekehrter Subsumtionsirrtum - als Wahndelikt - notwendig Straflosigkeit zur Folge haben muß [117].

---

116) vgl. BGHSt 13, 235 (240 f.)

117) Hinsichtlich des umgekehrten Verbotsirrtums erledigt sich diese Frage schon deshalb, weil kein Deliktstatbestand vorhanden ist, nach dem der Täter bestraft werden könnte; vgl. HARDWIG, GA 1957, 170

4. Das Argument der Ungefährlichkeit jedes Versuchs

Nach Wegner [118] und Baumann [119] sowie der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen des RG [120] ist eine Unterscheidung in tauglichen und untauglichen Versuch unsinnig. Jeder Versuch habe gezeigt, daß er nicht zur Vollendung geführt habe, so daß jeder Versuch per se ein untauglicher sei[121].

Die in dieser Auffassung zutage tretende Leugnung des Unterscheidungskriteriums "Gefahr" ist jedoch nicht haltbar [122]. Schon die Lebenserfahrung zeigt, daß es die Gefahr als objektives Moment gibt [123]. Auch die Rechtsordnung geht von diesem Begriff aus [124]; anders wäre die Existenz der Gefährdungsdelikte sowie die häufige Verwendung der Begriffe "Gefahr", "Gemeingefahr", "gefährlich" und "gefährden" nicht zu erklären.

Unverständlich bleibt auch, daß die Rechtsprechung des RG nicht zwischen untauglichem und tauglichem Versuch [125], wohl aber im Rahmen des insoweit

---

118) WEGNER, AT, S. 228 f.

119) BAUMANN, AT, S. 482

120) Eine Ausnahme bildet allerdings RGSt 68, 340

121) vgl. auch PETTERS-PREISENDANZ, § 43 Anm. III

122) vgl. die umfassende Kritik bei v.HIPPEL, Strafrecht, S. 420 ff.; prägnant insbes. S. 422: "Nach v.Buri und Reichsgericht sind unsere gesamten in die Heimat zurückgekehrten Kriegsteilnehmer in keinerlei Gefahr gewesen. Sie meinten dies zwar, und die Heimat meinte es auch. Aber das war ein subjektiver Irrtum von ganz Deutschland! In Gefahr waren nur die Gefallenen!"

123) Man denke nur an die alltäglich auftretenden Situationen im Straßenverkehr.

124) hierzu insbesondere BASSENGE, Gefahr, Diss. Bonn 1961

125) Vgl. RGSt 63, 241 und 76, 34

gleichgelagerten Problems der Tauglichkeit bzw. Untauglichkeit einer Begünstigungshandlung zu unterscheiden vermochte [126].

Der Grund für diese Auffassung liegt m.E. in der verfehlten Betrachtungsweise ex post [127]. Von diesem Standpunkt aus ist es eine Selbstverständlichkeit, daß jeder Versuch untauglich war, da anderenfalls kein Versuch, sondern Vollendung vorgelegen hätte. Da jedoch dem Versuch gerade eigen ist, daß er nicht zur Vollendung geführt hat, mithin die Handlung des Täters keinen Erfolg verursacht hat, ist ersichtlich, daß eine auf die Verknüpfung zwischen Erfolg und Handlung bezogene Betrachtungsweise dem Wesen des Versuchs zuwiderläuft und deshalb mit dieser Betrachtungsweise nichts gewonnen werden kann. Erst bei Betrachtung ex ante erschließt sich der Begriff "Gefahr", und es wird deutlich, daß von hier aus ein relevanter Unterschied zwischen untauglichem und tauglichem Versuch bestehen kann, weil der eine ungefährlich, der andere aber gefährlich sein könnte.

5. Das Argument der Gleichwertigkeit aller Bedingungen

Ein weiteres Argument für die Auffassung, es sei unmöglich, im Rahmen des Versuchs zwischen tauglichen und untauglichen Handlungen zu unterscheiden,

---

126) DICKE, JuS 1968, 158; vgl. auch die kritische Betrachtung der Widersprüche, die sich bei der Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung ergeben können, bei BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 139 ff.

127) ebenso SPENDEL, NJW 1965, 1884

ist das der Gleichwertigkeit aller Bedingungen[128].

Ob eine Bedingung einer anderen gleichwertig ist, richtet sich nach dem Bezugspunkt, der dem Urteil der Gleichwertigkeit zugrunde gelegt wird. Als Bezugspunkt kann hier nur das ex post gewonnene Urteil des Inhalts, daß jeder Versuch sich als untauglich erwiesen habe, in Betracht kommen. Dann ist es in der Tat gleich-"wertig", ob z.B. der Täter Kochsalz oder eine zur Tötung unzureichende Menge Arsen genommen hat. Jedoch ist die Betrachtungsweise ex post und damit der Bezugspunkt für das Urteil der Gleichwertigkeit verfehlt, wie oben bereits dargelegt wurde. Außerdem ist das Argument als solches verfehlt, weil die Gleich-"Wertigkeit" am Maßstab der Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie gemessen werden soll, obwohl diese Kausalität, etwa im Gegensatz zur adäquaten Verursachung, gerade als wertfrei verstanden und angewendet wird, demzufolge auch nichts über die Bewertung einer Handlung auszusagen vermag [129].

6. Der untaugliche Versuch als rechtswidriger Angriff im Rahmen des § 53

Indem die subjektive Versuchstheorie die Gefährlichkeit der Handlung als entscheidendes Kriterium für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ablehnt, gerät sie in Schwierigkeiten bei der Frage, ob im untauglichen Versuch ein rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53 gesehen werden kann, somit Notwehr gegen einen untauglichen Versuch zulässig ist.

---

128) so z.B. BAUMANN, AT, S. 511

129) ebenso DICKE, JuS 1968, 158; vgl. auch STÖGER, Versuch, S. 32 f.

Schröder gelangt zu dem Ergebnis, daß Notwehr gegen einen untauglichen Versuch nicht statthaft sei, denn dieser Versuch sei zwar rechtswidrig gemäß § 43, stelle aber keinen rechtswidrigen Angriff dar, weil es im Rahmen des § 53 auf die Rechtswidrigkeit der bevorstehenden Verletzung, nicht jedoch auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs ankomme [130].

Schon das pauschale Ergebnis der Auffassung Schröders erscheint angreifbar, obwohl es in der Mehrzahl der Fälle sicherlich zutreffend sein mag. Fraglich ist aber, ob dies stets so sein muß. Gedacht sei etwa an den Fall, in dem ein Wachmann denjenigen niederschlägt, der zur Pistole gegriffen und angelegt hat, dessen Waffe aber - wie erst nachträglich durch Untersuchungen durch einen Sachverständigen ans Licht kommt - wegen eines klemmenden Waffenteils zu diesem Zeitpunkt unbrauchbar war. Soll hier der Wachmann nicht wegen Notwehr gerechtfertigt sein? Oder soll, um das Beispiel fortzuführen, der Angreifer zurückschlagen dürfen und seinerseits wegen Notwehr gerechtfertigt sein?

Des weiteren ist die angeführte Begründung in Anbetracht des Gesetzeswortlauts, der ausdrücklich von einem rechtswidrigen Angriff spricht, unhaltbar[131]. Zudem ist sie auch deshalb nicht verständlich, weil der Angriff nicht als solcher rechtswidrig ist, sondern die Qualifikation "rechtswidrig" dadurch erhält, daß er selbst schon eine Normverletzung darstellt oder aber auf eine Normverletzung objektiv hin tendiert, also Versuch oder unmittelbar bevorstehender Versuch ist. Ferner hat die Auffassung Schröders folgende Konsequenz: Ist der Angriff im

---

130) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 53 Anm. 10

131) ebenso DICKE, JuS 1968, 159

Rahmen des § 53 rechtswidrig, der untaugliche Versuch jedoch kein rechtswidriger Angriff, obgleich nach § 43 - dennoch rechtswidrig, so bleibt nur, daß es zwei Arten von Rechtswidrigkeit geben muß. Demgegenüber besteht jedoch die ansonsten einmütige Auffassung, daß gerade die Rechtswidrigkeit nur einheitlich festgestellt werden kann, ein Verhalten somit nach einheitlichem Maßstab entweder als rechtswidrig oder als nicht rechtswidrig beurteilt werden kann und muß.

Weiterhin soll nach der Auffassung Schröders nach der objektiven Sachlage zur Zeit der Tat zu beurteilen sein, ob ein Angriff vorliege, während die Auffassung des Täters nur im subjektiven Rahmen berücksichtigt werden könne [132]. Stellt man diese Ausführungen denjenigen zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gegenüber, so verwundert, daß hier - bei der Bestimmung des Angriffs, der dieselbe dynamische Struktur wie der Versuch aufweist - eine Beurteilung nach objektiven Kriterien zutreffend sein soll, während dieselbe Beurteilung dort - bei der Bestimmung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs - verworfen wird [133].

7. Der untaugliche Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts

Im Rahmen der Unterlassungsdelikte ist der - auch untaugliche Versuch - nur bei den unechten Unterlassungsdelikten von erheblicher Bedeutung [134]. Mit der h.

---

132) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 53 Anm. 15 b)

133) ähnlich DICKE, JuS 1968, 159

134) Für einen strafbaren Versuch eines echten Unterlassungsdelikts kommen heute nur noch Rechtsbeugung (§ 366) - vgl. dazu BGHSt 10, 294(298) und SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 78 vor § 1 - und die erste Variante des § 347 in Betracht.

M. [135] soll davon ausgegangen werden, daß hier ein Versuch prinzipiell möglich und auch strafbar ist. Hier wiederum ist weitaus überwiegende Meinung, daß die an den Begehungsdelikten entwickelten Grundsätze der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für den untauglichen Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts ebenfalls Geltung haben [136]. Danach wäre strafbar, wer ein Eingreifen unterläßt, obwohl er irrig die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung annimmt, die er aufgrund seiner Garantenstellung zu verhindern hat. Ebenso wäre strafbar, wer zwar richtig die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung annimmt, aber irrig glaubt, er könne sie noch abwenden, und dennoch ein Eingreifen unterläßt. Schließlich wäre auch strafbar, wer zwar richtig die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung annimmt, aber irrig glaubt, er sei Garant des bedrohten Rechtsgutes bzw. Handlungsobjekts[137].

Fragen wir zunächst, an welchen Gesichtspunkt die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts anknüpfen kann. In Betracht kommt zunächst das Unterlassen. Jedoch ist das Unterlassen in keiner Weise relevant, da entweder einem Rechtsgut bzw. Handlungsobjekt keine Gefahr drohte, keine Rettungsmöglichkeit oder keine Garantenstellung bestand. Als Anknüpfungspunkt

---

135) BAUMANN, AT, S. 494; JESCHECK, AT, S.424; MAURACH, AT, S.402; SCHMIDHÄUSER, AT, S.572; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 vor § 43; GRÜNWALD, GA 1959,117; vgl.auch GRÜNDWALD, JZ 1959,46 ff.

136) so die zuvor in Anm. 135) Genannten mit Ausnahme von SCHMIDHÄUSER, aaO., S.572 f.; im Sinne der h.M. auch die Rechtsprechung; vgl. BGHSt 7, 287 (288); BGH VRS 13, 120 (123 f.)

137) vgl. RUDOLPHI, MDR, 1967, 1 ff.

bleibt demnach nur die jeweilige irrige Annahme, d.h. - im Sinne der h.M. - der Tatentschluß. Allerdings ist dann im Unterschied zum untauglichen Versuch durch aktives Tun noch nicht einmal irgendeine Handlung vorhanden, die als Manifestation des verbrecherischen Willens angesehen werden kann. "Schauplatz der Straftat" ist demnach, mit den Worten Rudolphis[138], "allein die Seele des Menschen". Deshalb ist Schmidhäuser zuzustimmen, wenn er die Bestrafung des untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts als Ausdruck einer Gesinnungsstrafe bezeichnet [139].

Dieser subjektive Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit steht jedoch im augenfälligen Gegensatz zu der heute vordringenden Auffassung, nach der die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts schlechthin an ein objektives Moment anknüpft [140]. Danach ist Voraussetzung für die Zurechnung eines Unterlassens, daß der Täter objektiv eine aus bestimmten Gründen bestehende Schutzfunktion für ein bestimmtes Rechtsgut zu erfüllen hat oder ihm die Überwachung einer Gefahrenquelle obliegt [141]. Aus der dem Täter daraus erwachsenden Garantenstellung folgt, daß er einzuschreiten hat, wenn dem zu schützenden Rechtsgut tatsächlich Gefahren drohen bzw. die in der Gefahrenquelle latent vorhandene Gefahr für bestimmte Rechtsgüter akut wird. Die Zurechnung erfolgt also nur,

---

138) MDR 1967, 3

139) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 573

140) vgl. dazu aus neuerer Zeit vor allem die Arbeiten von Armin KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; ANDROULAKIS, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966.

141) KAUFMANN, aaO., S. 283; ANDROULAKIS, aaO. S. 205 ff.; RUDOLPHI, aaO., S. 101

aber auch stets dann, wenn tatsächlich eine Gefahr droht, der Täter zum Einschreiten verpflichtet ist, jedoch gleichwohl nichts tut.

Ferner steht die - subjektive - Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts in Widerspruch zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte. Unabhängig vom Meinungsstreit zu der Frage, ob schon mit dem Unterlassen bei der ersten möglichen Gelegenheit zum Handeln oder erst mit der letzten möglichen Gelegenheit ein Versuch gegeben ist [142], stimmen die Vertreter der subjektiven Versuchstheorie im allgemeinen darin überein, daß Versuch dann anzunehmen sei, wenn der Täter die Gefahr für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges erhöhe [143]. Obgleich diese Auffassung m.E. zutreffend ist, so bleibt dann unverständlich, weshalb auch derjenige bestraft werden soll, der z.B. das Bestehen einer Gefahr nur irrig angenommen hat und daher die Gefahr für den Eintritt des Erfolges durch bloße Passivität überhaupt nicht erhöhen konnte.

8. Das Argument der tatbestandsähnlichen Handlung

Aus dem Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege" des Art. 103 Abs. 2 GG (§ 2 Abs. 1 StGB) und hier insbesondere aus dem Bestimmtheitsgrundsatz folgt, daß eine Analogie zuungunsten des Täters verfassungswidrig und somit unzulässig ist [144]. Es

142) vgl. insbesondere GRÜNWALD, JZ 1959, 48 f. und MAIHOFER, GA 1958, 297

143) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 13 f. vor § 43

144) BVerfGE 7, 111 (119); 11, 174 (185); BVerfG NJW 1969, 1059 (1060 f.)

können demnach nur Handlungen bestraft werden, die einen schon vor dem Zeitpunkt der Handlung existenten, gesetzlichen Deliktstatbestand erfüllen, kurz: tatbestandliche bzw. tatbestandsmäßige Handlungen sind. Wenn demgegenüber Jagusch und Busch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs u.a. auf das Argument stützen, hier liege eine tatbestandsähnliche Handlung vor [145], so stellt dieses Argument eine verfassungswidrige Analogie zuungunsten des Täters dar und ist mithin abzulehnen. Zudem erscheinen vor allem die Ausführungen Busch's - "tatbestandsähnlicher Angriff auf einen Rechtswert"[146] - als so allgemein, daß danach auch der Fall des umgekehrten Subsumtionsirrtums in die Strafbarkeit einbezogen und somit die Grenze zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt vollends verwischt werden kann.

9. Das Argument der Klarheit und der Brauchbarkeit der Ergebnisse

Kurz seien noch die Klarheit der Konstruktion und die Brauchbarkeit der Ergebnisse angesprochen, die der subjektiven Versuchstheorie zugute gehalten werden [147]. Wie die im Laufe der Zeit erfolgte Auswechselung der Begründung für den subjektiven Grundgedanken unter Beibehaltung eben dieses Grundgedankens sowie der Ergebnisse zeigt, scheint hier der ausschlaggebende Vorteil der subjektiven Versuchstheorie zu liegen [148]. "Grundsätzlich ist jeder Versuch strafbar"; diese Formel ist prägnant

---

145) JAGUSCH, LK 8.Aufl., § 43 Anm. I 2; BUSCH, LK 9. Aufl., § 43 Anm. 44, 45, 55

146) BUSCH, LK 9.Aufl., § 43 Anm. 44

147) vgl. vor allem DREHER, § 43 Anm. 2 B a.

148) vgl. MAURACH, AT, S. 508 f.

und deshalb für die Praxis gut brauchbar; zudem entspricht sie in der wohl überwiegenden Anzahl der Fallgestaltungen dem Rechtsgefühl, das in der Regel die fraglichen Handlungen vor allem unter Berücksichtigung des Willenszieles als strafwürdig empfindet [149].

Diese Verbindung zwischen Einfachheit der Konstruktion und Gefühl der Strafwürdigkeit erleidet jedoch dort einen Bruch, wo die Konstruktion sich auf Kosten des Rechtsgefühls durchsetzt und sich damit selbst ad absurdum führt. Das ist nach übereinstimmender Auffassung der Fall bei dem abergläubischen bzw. irrealen Versuch, fraglich ist es im Falle des Versuchs eines untauglichen Subjekts und des umgekehrten Subsumtionsirrtums bei normativen Tatumständen. Diese Kollisionsfälle zwischen Konstruktion und Rechtsgefühl wurden von der h.M. denn auch übereinstimmend bzw. teilweise zugunsten des Rechtsgefühls entschieden, was dann allerdings zur Folge hatte, daß nun Abgrenzungsschwierigkeiten auf der konstruktiven Ebene entstanden, die - wie oben dargelegt - bis heute nicht zufriedenstellend gelöst werden konnten. Mehr noch als die im Einzelfall stets schwierige Frage der Abgrenzung ist die Frage bisher ungeklärt, warum eigentlich - abgesehen vom Rechtsgefühl - gewisse Fälle vom Grundsatz der Strafbarkeit ausgenommen werden können bzw. müssen. Schon bevor dieser Frage im einzelnen nachgegangen worden ist, kann festgehalten werden, daß bei genauer Betrachtung die Konstruktion der sub-

---

149) ebenso JAGUSCH, LK 8.Aufl., § 43 Anm. IV; als weiteren Vorteil (!) erwähnt JAGUSCH, aaO., daß bei unsicheren Beweisgrundlagen sich über die Konstruktion des untauglichen Versuchs eine zusätzliche Strafmöglichkeit eröffne; ebenso SAUM, Das versuchte Verbrechen, S. 161

jektiven Versuchstheorie infolge der Ausnahmen und Abgrenzungsprobleme eine empfindliche Einbuße an Klarheit erlitten hat.

Für den Aspekt der Brauchbarkeit der Ergebnisse ist zu beachten, daß die subjektive Theorie bei konsequenter Anwendung eine z.T. weite Ausdehnung der Strafbarkeit zur Folge hat, die unserer heutigen Auffassung nicht mehr entspricht [150].

150) BAUMANN, Weitere Streitschriften, S. 96 ff.; H.MAYER, Strafrechtsreform für heute und morgen, S. 61

ZWEITER TEIL

DER INNERE GRUND DER STRAFBARKEIT DES VERSUCHS

Nach der Erörterung der für die subjektive Versuchstheorie iwS vorgebrachten Argumente und dem Aufzeigen der Schwierigkeiten, denen die subjektive Versuchstheorie ausgesetzt ist, ist der zentrale Gesichtspunkt - der innere Grund der Strafbarkeit des Versuchs - näher zu untersuchen.

Dabei kann von dem gesicherten Bestand der Strafrechtsdogmatik ausgegangen werden, demzufolge Unrecht und Schuld zwei verschiedene, voneinander abgrenzbare Elemente des Verbrechensaufbaus sind, die Schuld auf das Unrecht bezogen ist und die Strafbarkeit eines Verhaltens dessen Unrechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit voraussetzt. Die Ansicht Kadecka's[1] und Nowakowski's[2], nach der der Täter eines untauglichen Versuchs zwar schuldhaft, aber nicht rechtswidrig gehandelt habe, gleichwohl aber zu bestrafen sei, wird daher abgelehnt[3]. Vielmehr muß auch der untaugliche Versuch rechtswidrig sein, damit der Täter bestraft werden kann.

Unter dieser Prämisse erweist sich die Frage nach dem inneren Grund der Strafbarkeit des Versuchs, hier: des untauglichen Versuchs, als Problem auf

---

1) KADECKA, ZStW 59, 17

2) NOWAKOWSKI, Grundzüge, S. 42, 54 sowie 89; vgl. auch ZStW 63, 316

3) vgl. STÖGER, Versuch, S. 33 f.; HARDWIG, GA 1957, 173

der Ebene der Rechtswidrigkeit. Die entscheidende Frage lautet daher: Unter welchen Voraussetzungen ist eine Handlung, die begrifflich einen untauglichen Versuch darstellt, als Unrechtsverwirklichung, also als rechtswidrig zu beurteilen? Reicht dazu tatsächlich der von den Vertretern der subjektiven Versuchstheorie behauptete innere Grund der Strafbarkeit des Versuchs, nämlich - wie im 1.Abschnitt des Ersten Teils dargestellt wurde - die Manifestation des verbrecherischen Willens, der Abfall des Täters von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung, die abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung, der Eindruck eines strafbaren Beginnens oder die Gefährlichkeit des Täters aus?

Da der untaugliche Versuch als Versuch nur eine von mehreren Stufen der Unrechtsverwirklichung ist und als Strafausdehnungsgrund des jeweiligen Deliktstatbestandes aus dem Besonderen Teil des StGB mit diesem Tatbestand unmittelbar zusammenhängt, kann das Urteil der Rechtswidrigkeit über die einen untauglichen Versuch darstellende Handlung nicht auf wesentlich andere Faktoren gestützt werden als die Rechtswidrigkeit jedes tatbestandlichen Verhaltens im Rahmen des StGB. Es ist deshalb notwendig, die Untersuchung darauf auszudehnen, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein menschliches Verhalten als rechtswidrig im Sinne des StGB beurteilt werden kann. Diese Ausdehnung der Untersuchung ist auch deshalb erforderlich, weil die meisten der zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs vertretenen Auffassungen nur Ausprägungen einer umfassenderen Stellungnahme zur Struktur des Unrechts bzw. der Rechtswidrigkeit sind. Dennoch können im Rahmen dieser Arbeit nur die Grundzüge aufgezeigt und kann die Auseinandersetzung weitgehend nur unter Bezug auf den untauglichen Versuch geführt werden.

Erster Abschnitt

Der verbrecherische Wille als unmittelbarer Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

1. Die Fragestellung

Wie oben bereits dargelegt [4], sehen Baumann, Preisendanz, Schröder, Wegner und Waiblinger den hervorgetretenen Auflehnungswillen des Täters als Strafgrund des Versuchs und damit als unrechtsbegründend an. Da beim untauglichen Versuch Erfolgsunrecht nicht vorliegt und auch Handlungsunrecht, d.h. die objektive Tendenz einer Handlung, die auf einen Erfolg zusteuert, nicht vorzuliegen braucht [5], bleibt als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit allein der Wille des Täters. So sieht dann auch Schröder[6] folgerichtig den verbrecherischen Willen als subjektives Unrechtsmerkmal an.

Von diesem Willen als unmittelbaren Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit gehen auch die Vertreter einer Lehre vom personalen Unrecht aus[7]. Von ihrer Grundauffassung her, nach der das Unrecht einen personalen Kern habe und sich nicht in Rechtsgutsverletzungen und -gefährdungen erschöpfe, sehen sie den un-

---

4) siehe oben Erster Teil, Erster Abschnitt, 1.und 2.

5) Diese vorsichtige Formulierung ist deshalb angebracht, weil es auf die Art der Bestimmung einer "objektiven Tendenz" ankommt, ob beim untauglichen Versuch stets oder nur in der Regel Handlungsunrecht nicht vorliegt.

6) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 6 vor § 43

7) BRUNS, Festschrift für Mezger, insbes.S. 344 ff., sowie: Der untaugliche Täter im Strafrecht,S.12; HARDWIG, GA 1957, 171; BOCKELMANN, Niederschriften, S. 175; GALLAS, ebenda, S.195; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 218 (für den untauglichen Versuch); vgl. auch WELZEL, Strafrecht, S.62 und 193

tauglichen Versuch gerade als den Fall an, in dem allein personales Unrecht gegeben sei. Dieser Auffassung kommt auch Schmidhäuser nahe, wenn er das Unrecht des untauglichen Versuchs damit begründet, daß der Wille des Täters auf die Erreichung eines tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Zieles gerichtet sei (sog. "Zielunrecht")[8].

Fraglich ist aber, ob der manifestierte verbrecherische Wille[9] - personales Unrecht - allein ausreicht, um den untauglichen Versuch als Unrechtsverwirklichung ansehen und ihn als rechtswidrig beurteilen zu können.

Bei dieser Frage wird allerdings vorausgesetzt, daß das Unrecht zumindest auch durch subjektive Merkmale wie Vorsatz, Gesinnungsmerkmale und Absichten bestimmt wird. Zwar ließe sich demgegenüber vertreten, daß diese Merkmale lediglich Elemente der Schuld seien, während das Unrecht ausschließlich objektiv durch Heranziehung des Außenweltgeschehens begründet werden müsse[10]. Aber diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Nach heute ganz überwiegender Meinung[11] läßt sich das Unrecht in vielen Fällen nur mit Hilfe subjektiver Elemente begründen. Das gilt beispielsweise für die Absichtsdelikte[12], aber auch für die Tendenzdelikte, bei denen etwa das

---

8) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 170 f. und S. 487

9) von BOCKELMANN auch "Auflehnungswille des Täters" oder "der Abfall des Täters von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung" genannt; vgl. Strafrechtliche Untersuchungen, S. 156 f.

10) so NOWAKOWSKI, ZStW 63,287 ff.(vor allem S.312 bis 317)

11) vgl. insbes. ENGISCH, Festschrift für Rittler, S. 165 ff. (vor allem S. 177 bis 183); LAMPE, Das personale Unrecht, S. 57 bis 68, jeweils m.w.N.

12) vgl. LAMPE, Das personale Unrecht, S. 59 f. und S. 67

Vorliegen einer unzüchtigen Handlung vielfach anhand des bloßen Außenweltgeschehens nicht festgestellt werden kann[13]. Das gilt aber auch für den Versuch [14], da ohne Heranziehung des Tatentschlusses das Außenweltgeschehen aus sich heraus nicht verständlich oder aber mehrdeutig ist [15]. Es kann hier dahinstehen, inwieweit jeweils subjektive Elemente im Rahmen des Unrechts Verwendung finden müssen. Als für unsere Untersuchung wesentlich ist jedenfalls festzuhalten, daß es zur Bestimmung des Unrechts überhaupt wie auch des Unrechts eines Versuchs erforderlich ist, subjektive Elemente - bei dem Versuch also den Tatentschluß - heranzuziehen[16].

2. Auseinandersetzung

Es fiele leicht, die vorgelegte Frage zu bejahen, wenn man sich mit Bockelmann auf den Standpunkt stellt, die vornehmste Aufgabe des Strafrechts sei die Erhaltung bzw. Aufrechterhaltung der Grundwerte rechtlicher Gesinnung [17]. Nahezu der gleichen Auffassung ist Welzel, wenn er meint, die "tiefste" Aufgabe des Strafrechts sei positiv - sozialethischer Natur: "Indem es den wirklich betätigten Ab-

---

13) Vgl. dazu LAMPE, Das personale Unrecht, S.32; ebenso auch RITTLER, Strafrecht, S.123, obwohl Rittler als entschiedener Verfechter einer objektiven Betrachtung des Unrechts angesehen werden muß.

14) a.A. SPENDEL, Festschrift für Stock, S.109; ähnlich OEHLER, Zweckmoment, S.111 ff.

15) ebenso von einem objektiven Standpunkt ENGISCH, Festschrift für Rittler, S. 178 ff.

16) Inwieweit bei einem vollendeten Delikt der Vorsatz zur Bestimmung des Unrechts erforderlich ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Überdies kann, wie die Untersuchungen ROXINS, Kriminalpolitik, S.42 f., zeigen, dasselbe Element in jeweils anderer Funktion mehrmals im Verbrechensaufbau Verwendung finden, ist also durch seine Einordnung in den Tatbestand, die Rechtswidrigkeit oder die Schuld keineswegs "verbraucht".

17) BOCKELMANN, in: Niederschriften, S. 175

fall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfemt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise die unverbrüchliche Geltung dieser positiven Aktwerte, formt das sozialethische Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung[18]".

Konsequenz dieser Auffassung ist nicht nur eine "Ethisierung" des Strafrechts in dem Sinne, daß das Strafrecht ohne eine Rückbesinnung auf die in der Gesellschaft lebendigen Wertvorstellungen nicht auskommt [19] und - mehr noch - als Ganzes an bestimmten Wertvorstellungen orientiert und mit ihnen verwoben ist [20], sondern daß weitgehend Moral und Recht in eins gesetzt werden, somit das Strafrecht das "Knochengerüst der Moral"[21] ist. Wenn demgegenüber Welzel meint, daß seine Auffassung den Unterschied zwischen Moral und Recht unangetastet lasse, weil nur die wirkliche Betätigung jenes Abfalls Strafe auslöse [22], dann ist ihm gerade an dem hier interessierenden Beispiel des untauglichen Versuchs entgegenzuhalten, wo und weshalb denn bei einem, nach allen objektiven Auffassungen ungefährlichen, untauglichen Versuch ein "wirklich betätigter" Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung vorliegen soll.

Wie auch die Ausführungen Spendels[23] von einer

---

18) WELZEL, Strafrecht, S. 3

19) etwa bei der "Unzucht" in §§ 174 ff.; bei "sittenwidrig" in § 226; bei "verwerflich" in § 240; zu den letzten beiden vgl. ROXIN, JuS 1964, 373 ff.

20) vgl. hierzu insbes. ENGISCH, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 104 f.

21) ENGISCH, aaO. S. 101

22) WELZEL, Strafrecht, S. 2

23) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 91 ff.

gegensätzlichen Position[24] aus zeigen, kann jedoch im Rahmen einer Arbeit wie der vorliegenden mit rechtsphilosophischen Ausführungen wenig gewonnen werden [25], will man nicht bloß einem Bekenntnis ein neues, anderes hinzufügen. Die Diskussion muß deshalb auf anderen Ebenen geführt werden.

Betrachten wir mithin zunächst die Systematik des StGB. Hier mag es einerseits durchaus richtig sein, daß durch unser Strafrecht und die Bestrafung allen tatbestandsmäßigen Verhaltens auch die Geltung positiver Werte offenbart, auch der Einzelne zu rechtlichem Verhalten angehalten und auch das sozialethische Urteil des Einzelnen partiell geformt wird. Angesichts des geltenden und zukünftigen Strafrechts ist es andererseits aber unzutreffend, diese Gesichtspunkte als die allein oder in erster Linie ausschlaggebenden für die Natur des strafrechtlichen Unrechts anzusehen. Das zeigt sich vor allem daran, daß das Strafrecht im Rahmen des Besonderen Teils eine Auswahl aus allem Verhalten getroffen hat, nach der nur die häufigsten, greifbarsten und gefährlichsten Verhaltensweisen strafbar sind [26]. Aufgrund dieser fragmentarischen Natur des Strafrechts[27] sind nur gewisse, fest umrissene Verhaltensweisen strafbar, andere dagegen bleiben straflos, mögen sie auch dem Tatbestand nahekommen und ebenso verwerflich sein oder eine verbrecherische

---

24) vgl. auch die ablehnende Stellungnahme zur Ineinssetzung von Moral und Recht im E 62, Amtliche Begründung S. 96; ebenso AE, Begründung zum Besonderen Teil, S. 9 und JESCHECK, AT, S.274 f.

25) besonders kraß zeigt das die Arbeit HALLS, Festschrift für Erik Wolf, S. 454 f.; vgl. andererseits aber auch WÜRTENBERGER, Strafrechtswissenschaft, S. 59 bis 67

26) LANGE, ZStW 68, 631

27) H.MAYER, AT, S. 56; vgl. auch MAIWALD, Festschrift für Maurach, S. 9 ff.

Gesinnung des Täters offenbaren. Daran könnte nur eine Analogie zuungunsten des Täters etwas ändern, wie sie nach dem 28.6.1935 durch Neufassung des § 2 möglich war [28], heute jedoch wegen Art. 103 Abs. 2 GG - glücklicherweise - nicht mehr möglich ist.

Nichts anderes gilt auch für den Versuch, denn der Versuch ist keineswegs nur bei den Deliktstatbeständen strafbar, deren Verwirklichung einen besonders schweren Verstoß gegen die Grundwerte rechtlicher Gesinnung darstellt. Das zeigt sich einerseits an der Strafbarkeit des Versuchs z.B. bei den §§ 242 und 303, denen kein spezifisches Gesinnungsmoment innewohnt, und andererseits an der Straflosigkeit des Versuchs z.B. bei den §§ 170 c und d, deren Verwirklichung ein besonders verwerfliches Gesinnungsmerkmal voraussetzt. Auch bei den seltenen Fällen der strafbaren Vorbereitung eines tatbestandsmäßigen Erfolges stehen bis auf § 234 a Abs. 3 nicht solche Deliktstatbestände infrage, deren Verwirklichung auf eine besonders niedrige Gesinnung des Täters gegenüber den Grundwerten menschlichen Zusammenlebens schließen lassen. Vielmehr handelt es sich um Handlungen, die aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit in Hinsicht auf das geschützte Rechtsgut oder auch wegen des Ausmaßes des möglichen Schadens schon eine Bestrafung im Stadium der Vorbereitung nahelegen. Andererseits ist die Vorbereitung eines Mordes außerhalb einer Tätigkeit im Sinne des § 49 b Abs. 1 straflos, obgleich sich hier wohl der denkbar schwerwiegendste Abfall des

---

28) Wenn auch ein Zusammenhang zwischen der Neufassung des § 2 und einer Auffassung, die die Strafbarkeit eines Verhaltens in hohem Maße durch subjektive Gesichtspunkte wie den Abfall des Täters von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung zu begründen sucht, nicht geleugnet werden kann, so ist gleichwohl nicht zu verkennen, daß eine Analogie zuungunsten des Täters auch vom Standpunkt derer, die dem Strafrecht die Aufgabe eines - allumfassenden - Rechtsgüterschutzes zuweisen, begründet werden könnte.

Täters von einem Grundwert rechtlicher Gesinnung - der Achtung vor dem Leben anderer - finden läßt. Weiterhin ist bei Zugrundelegung der Auffassung Welzels die Straflosigkeit des irrealen Versuchs wie auch des Wahndelikts im Falle eines umgekehrten Subsumtionsirrtums kaum zu erklären. Wenn hinsichtlich des erstgenannten von Welzel eingeräumt wird, ein im irrealen Versuch zum Ausdruck kommender Wille könne die Realität des Rechts als geistiger Macht nicht erschüttern [29], dann wird uneingestanden offenbart, daß es eben doch nicht allein der Wille ist, der die Strafbarkeit begründet. Die Auffassung Welzels kann ferner nicht erklären, weshalb der Versuch milder als die vollendete Tat bestraft werden kann. Die dafür dargebrachte Behauptung, der verbrecherische Wille sei beim Versuch schwächer[30], ist nicht stichhaltig. Näher liegt hier der Gedanke, daß die Strafmilderung gemäß § 44 deshalb als gerechtfertigt erscheint, weil beim Versuch ein Teil der objektiven Tatseite fehlt. Ebenso steht es m. E. mit der unterschiedlichen Strafbarkeit von Täterschaft und Teilnahme. Auch hier kommt es entgegen der animus-Theorie auf das objektive Mehr oder Weniger der Tatbeteiligung an, wie insbesondere Roxin nachgewiesen hat [31].

Dafür, daß nicht der schwächere verbrecherische Wille, sondern das Fehlen eines Teils der objektiven Tatseite und damit das Fehlen eines Erfolgsunwertes der Grundgedanke ist, auf dem § 44 beruht, spricht auch der Gesichtspunkt der Schuld, wie er unserem Strafrecht zugrunde liegt. Denn als Schuld in diesem

---

29) WELZEL, Strafrecht, S. 192

30) WELZEL, Strafrecht, S. 182

31) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 2.Aufl., Hamburg 1967

Sinne wird hier nicht nur die Schuld im engeren Sinne verstanden, also die persönliche Vorwerfbarkeit der Tat als drittes Element im Verbrechensaufbau. Vielmehr umfaßt der Begriff "Schuld" im weiteren Sinne die Verantwortlichkeit des Täters für das, was er "angerichtet" hat. Danach steht die Schwere der Schuld in einem proportionalen Verhältnis zum eingetretenen Schaden[32]. Unter diesem Aspekt wiegt die Tötung eines anderen Menschen schwerer als der bloße Versuch. Man mag zwar diesen Standpunkt für veraltet und revisionsbedürftig halten[33]; festzustellen ist aber, daß er unserem Strafrecht eher entspricht als eine solche Auffassung, die völlig auf die Berücksichtigung jedes Erfolgsunwertes verzichtet.

Ferner ist gegenüber der Auffassung Bockelmanns und Welzels auf Einwände hinzuweisen, die sich aus der Natur des Strafrechts als öffentliches und damit besonders der Wertordnung des GG unterworfenes Recht ergeben. Das Strafrecht erscheint hiernach geradezu als Ausführungsgesetz zum GG [34]. Zugleich steht es jedoch in einem gewissen Gegensatz zum Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, dessen Kern stets die Freiheitsidee, die Sicherung der Individualsphäre ist[35]. Generell stellt das StGB damit eine Einschränkung des Auffanggrundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG - der allgemeinen Handlungsfreiheit - dar [36]. Das in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Prinzip "Jeder kann tun und lassen, was er will"[37] kann als

---

32) ähnlich STRATENWERTH, SchwZStr 79, 251 ff.; SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 25

33) das klingt an bei LAMPE, Das personale Unrecht, S. 97

34) SAX, in:Die Grundrechte, 3.Bd.,2.Halbbd.,S.910

35) LANGE, Rechtsstaat, S. 62

36) vgl. GALLWAS, MDR 1969, 893

37) vgl. BVerfGE 7, 198

grundlegende Wertentscheidung und bei Berücksichtigung seiner Einschränkung durch die Rechte anderer, durch die verfassungsmäßige Ordnung und durch das Sittengesetz nur dahin verstanden werden, daß jegliches Handeln nur, aber auch stets insoweit zulässig ist, als es nicht Dritte, seien es Einzelne, sei es die Gesamtheit, unmittelbar beeinträchtigt[38]).

Auch die Beschränkung durch das Sittengesetz gibt zu einer anderen Auffassung keinen Anlaß. Wie sich einerseits aus der Stellung im Rahmen der Trias der Beschränkungen und andererseits aus einer Rückbetrachtung auf das einzuschränkende Grundrecht ergibt[39]), sind als Sittengesetz diejenigen ethischen Grundvorstellungen aufzufassen, die neben der Rechtsordnung als communis opinio die Basis für ein geordnetes Miteinander in der Gesellschaft darstellen[40]). Zu nennen sind beispielsweise Treu und Glauben, das Prinzip der Einehe, Respektierung religiöser Überzeugungen, ein gewisses Maß an Schamgefühl u.a.m..

Somit kann die Aufgabe des Strafrechts als Bestandteil der Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in erster Linie nur heißen, einen Mißbrauch der Freiheit zulasten anderer zu verhindern[41]). Daß daneben das Strafrecht auch die Aufgabe hat, durch Generalprävention die ihm Unterworfenen zu

---

38) eine ähnliche Formulierung verwendet ZIPF im Hinblick auf die Definition eines materiellen Verbrechensbegriffs, MDR 1969, 892.

39) zur Auslegung einer Einschränkung im Lichte des einzuschränkenden Grundrechts vgl. BVerfGE 7, 198 (208 f.)

40) vgl. MAUNZ-DÜRIG, Art. 2 Rdnr. 4 (a.E.) und 16

41) ebenso MARX, Zur Definition, S. 54

rechtlichem Verhalten anzuhalten, und damit auf die Gesinnung des Einzelnen einwirkt, soll nicht bestritten werden.

Wäre Welzels Auffassung[42] zutreffend, dann überschritte der Staat als Gesetzgeber auch aus einem anderen Grunde seine verfassungsrechtliche Kompetenz. Denn mit dem Anspruch, rechtliche Gesinnungswerte zu sichern, setzte er sich über die in Art.1 Abs. 1 GG getroffene Grundentscheidung hinweg, nach der der Einzelne allein für sein Denken und Handeln verantwortlich ist[43]. Deshalb kann nach dieser Entscheidung, die der Verfassungsgeber durch Voranstellung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG und durch die Sicherung dieses Grundsatzes in Art. 1 Abs. 3 GG getroffen hat, der Staat letztlich nur um des Einzelnen willen da sein. Er kann nur die äußere Ordnung schaffen, die der Einzelne benötigt, um in Freiheit mit anderen zusammenzuleben[44]. Das Strafrecht kann daher in erster Linie nur die Aufgabe haben, das soziale Zusammenleben zu gewährleisten und die Güter, die der Einzelne zur Verwirklichung seiner Freiheit benötigt und die unmittelbar oder mittelbar der grundgesetzlichen Wertordnung entspringen[45], vor Angriffen zu schützen.

---

42) ähnlich auch BRUNS, Festschrift für Mezger (1954), S. 356: Der Staat straft "wesentlich und ernstlich deswegen, weil die Tat sittlich böse und subjektiv verwerflich, damit strafwürdig ist".

43) SAX, in: die Grundrechte, S.918 f.; NIPPERDEY, in: Die Grundrechte, S.9 f.; MARX, Zur Definition, S.34, 40 und 48; RUDOLPHI, Festschrift für Maurach, S.72

44) Carlo SCHMID bei NIPPERDEY, in: Die Grundrechte, S. 10; MARX, Zur Definition, S.40 m.w.N.: "Der Zweck des Staates ist der Mensch, ihm zu dienen ist die Aufgabe des Rechts."

45) vgl. dazu SAX, in: Die Grundrechte, S.911 ff.; WÜRTENBERGER, Strafrechtswissenschaft, S. 59; ferner: RUDOLPHI, Festschrift für Honig, S.151 ff.

In die gleiche Richtung wie die zuvor dargelegten Einwände zielen kriminalpolitische Bedenken. Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG muß vor der Tat die Straftat bestimmt sein, nach der der Täter bestraft werden kann. Diesem Bestimmtheitsgrundsatz entspricht eine objektive Unrechtsbestimmung eher als eine subjektive, da das strafbare Verhalten hier offener zutage liegt und leichter festgestellt werden kann. Eine vorwiegend subjektive Unrechtsbegründung fördert dagegen eine Ausforschung des Täters und begünstigt, wie Spendel treffend ausführt [46], ein auf die innere Einstellung abzielendes, zur Gesinnungsstrafe tendierendes Strafrecht. Eine solche Unrechtsbegründung kann eine Ausdehnung der Strafbarkeit fördern, indem sie dazu neigt, ungefährliche Verhaltensweisen zu poenalisieren, obgleich heute weitgehend Übereinstimmung darüber besteht, daß die schärfste Maßnahme des Staates - die Strafe - nur dann sinnvoll ist, wenn sie auf die wirklich gefährlichen und schädlichen Fälle beschränkt bleibt [47].

Weitere Einwände gegen eine in erster Linie subjektive Unrechtsbestimmung ergeben sich, wenn man strafrechtliches Unrecht als Verstoß gegen eine Norm des StGB definiert und zugleich die Funktion einer solchen Norm näher betrachtet.

Einerseits ist die Norm auf den Beginn eines bestimmten, hypothetischen Geschehens bezogen und richtet sich an den menschlichen Willen mit dem Ziel, dieses Geschehen zu verhindern, indem sie

---

46) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 97

47) vgl. statt vieler H.MAYER, Strafrechtsreform, S. 57 ff.; auch GALLAS erkennt das weitgehend an, siehe GALLAS, Beiträge, S. 14

ihm ein Tun oder Unterlassen befiehlt. Da dieses hypothetische Geschehen jedoch nicht wahllos aus allem denkbaren Geschehen herausgegriffen sein kann, muß es an einem Maßstab orientiert sein. Hier setzt die zweite, logisch vorrangige Funktion der Norm an. Es ist die Bewertung von hypothetischen Zuständen, auf die jenes Geschehen zusteuert.

Deshalb ist die Norm einerseits auf den Endpunkt eines hypothetischen Geschehens bezogen und stellt sich als eine (negative) Bewertung des gedachten Zustands dar. Da jedoch im Strafrecht der Mensch bzw. seine Handlungen im Mittelpunkt stehen, richtet sich die Bewertung auf ein menschliches Verhalten, das jenen Zustand herbeigeführt hat oder das die objektive Tendenz besitzt, jenen Zustand herbeizuführen.

Demnach hat die Norm zwei Funktionen: Aufforderung an den Willen des Menschen und Bewertung menschlichen Verhaltens. Weil sowohl diese Aufforderung ohne Bewertung des Verhaltens als auch diese Bewertung ohne die Aufforderung, etwas zu tun oder zu unterlassen, in Bezug auf die Norm sinnlos wäre, erschließen erst beide Funktionen, Bestimmungs- und Bewertungsfunktion, zusammen das Wesen der Norm. Ein Verstoß gegen das Wesen der Norm - Unrecht - kann damit nur dann gegeben sein, wenn der Täter beiden Funktionen zuwider handelt, sich also sowohl über das Ge- bzw. Verbot und damit materiell über den vom geschützten Wert ausgehenden Achtungsanspruch hinwegsetzt als auch sich wertwidrig verhält.

Während die Aufforderung stets schon am Anfang

eines gedachten Geschehens an den Täter ergeht[48], etwa beim ersten Gedanken des Täters an die Tat, setzt die Bewertung menschlichen Verhaltens nur bei wenigen Deliktstatbeständen voraus, daß der idealtypische Endpunkt eines gedachten Geschehens erreicht ist, indem dort die Vollendung des Tatbestandes mit dem materiellen Erfolg zusammenfällt[49]. Bei den meisten Deliktstatbeständen ist der tatbestandsmäßige Erfolg, soweit es sich überhaupt um sogenannte Erfolgsdelikte handelt, bzw. - generell gesehen - die Vollendung des Tatbestandes jenem Endpunkt vorgelagert. So gesehen ist bei den Erfolgsdelikten oft nur formell ein Erfolgsunwert, materiell jedoch Handlungsunwert gegeben, da mit der Vollendung des Deliktstatbestandes gleichsam nur ein Zwischenziel auf dem Wege zum materiellen Erfolg erreicht worden ist[50]. Dies gilt um so mehr, wenn - wie bei Vorbereitung und Versuch - noch nicht einmal formell ein Erfolg festgestellt werden kann. Bei dieser Betrachtungsweise ist Welzel gegenüber zuzugeben, daß als genereller Unwert strafbaren Verhaltens der Handlungsunwert angesehen werden kann, was noch dadurch unterstützt wird, daß im Strafrecht menschliches Verhalten, nicht jedoch ein als wertwidrig beurteilter Zustand im Vordergrund steht. Freilich darf, worauf Lampe zutreffend hin-

---

48) Das gilt auch dann, wenn - wie bei der einfachen Körperverletzung - die Rechtsfolge erst an die Herbeiführung des Erfolges knüpft, während der Versuch straflos ist; denn es wäre widersinnig, wenn der Achtungsanspruch sich erst unmittelbar vor oder bei Erfolgseintritt an den Täter richtete.

49) Gedacht wird hier wieder an die Körperverletzung. Dasselbe trifft z.B. auch für die §§ 212,211 zu, nur daß hier die Bewertung insofern früher einsetzt, als schon der Versuch und, in der Form der §§ 49a,49b, sogar die Vorbereitung strafbar sind.

50) Man denke hier an die Herstellung einer unechten Urkunde. Zwar ist hier insofern ein Erfolg gegeben, als das Resultat der Handlung die Existenz einer unechten Urkunde ist. Aber der letztlich als wertwidrig beurteilte Endpunkt, die Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs durch diese Urkunde, ist noch nicht erreicht.

weist[51], dabei nicht übersehen werden, daß die Handlung ihren Unwert allein durch ihre Verknüpfung mit jenem Zustand erhält, indem sie darauf zusteuert. Deshalb ist auch, gleichgültig ob es sich um sogenanntes Erfolgs- oder Handlungsunrecht handelt, das maßgebliche Kriterium für die Bewertung menschlichen Verhaltens seine Verknüpfung mit einem Erfolg, der - als erreicht gedacht - wertwidrig ist. Konsequenz für den Versuch ist dann, daß die Handlung nur dann wertwidrig ist, wenn sie auf einen wertwidrigen Erfolg zusteuert, m.a.W. eine objektive Tendenz zur Erfolgsverwirklichung aufweist. Hingegen kann es nicht ausreichen, wenn lediglich ein Verstoß gegen die Bestimmungsfunktion der Norm vorliegt, der Täter sich also nur über den Achtungsanspruch hinwegsetzt und damit allein subjektiver Unwert gegeben ist.

Schließlich ist noch auf einen weiteren, m.E. entscheidenden gesetzessystematischen Gesichtspunkt hinzuweisen. Da der Versuch nicht als solcher, sondern nur der Versuch der Verwirklichung eines Tatbestandes strafbar ist, kann er nicht losgelöst von der jeweiligen, speziellen Verbotsmaterie, sondern nur als crimen in itinere gesehen werden.

Bei Betrachtung dieser Deliktstatbestände zeigt sich, daß hier nicht ein einziger Tatbestand vorhanden ist, der schon dann vollendet ist, wenn Vorsatz oder sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale vorliegen. Erkennt man an, daß die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsmäßigkeit dogmatisch vorgeordnet ist[52] und der Deliktstatbestand eine abstrakte Beschreibung bzw.

---

51) LAMPE, Das personale Unrecht, S. 79 und auch S. 92

52) KOHLRAUSCH-LANGE, Systematische Vorbemerkungen, S. 12, 14

Vertypung eines spezifischen Unrechts ist[53], dann bleibt nur der Schluß, daß Subjektunwert oder auch personales Unrecht allein nicht genügt, um den spezifischen Unrechtsgehalt eines Deliktstatbestandes zu erfüllen. Vielmehr muß zumindest in gleichem Maße Handlungsunrecht, nämlich ein wertwidriges, objektives Verhalten des Täters hinzukommen. Weiterhin genügt auch nicht, daß dieses wertwidrige Verhalten nur nach Meinung des Täters, nicht aber objektiv gegeben ist.

Somit ist festzuhalten:
Faßt man den Versuch als Strafausdehnungsgrund und damit als spezielle, der Vollendung vorgelagerte Ausgestaltung des jeweiligen Deliktstatbestandes auf, so kann eine nur nach Meinung des Täters gegebene Wertwidrigkeit der Handlung zur Konstituierung des Unrechts nicht genügen. Vielmehr muß auch beim Versuch eine objektiv feststellbare Wertwidrigkeit der Handlung vorliegen, um den Versuch als unrechtmäßig ansehen zu können. Freilich ist diese Wertwidrigkeit den Deliktstatbeständen, die ein vollendetes Delikt beschreiben, vorgelagert.

Allerdings sind diese Konsequenzen angreifbar und u.U. unzutreffend, wenn man mit Hall den Versuch nicht als Strafausdehnungsgrund, sondern als Regelfall betrachtet, während die Vollendung nur dessen Spezialfall ist[54]. Die Auffassung Halls ist jedoch abzulehnen[55], weil die Deliktsbeschreibung in den

---

53) KOHLRAUSCH-LANGE, aaO., S. 12; SCHMIDHÄUSER, Festschrift für Engisch, S. 454

54) HALL, Festschrift für Erik Wolf, S. 454 f. und S. 459

55) ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 95 f.; ENGISCH, Juristentag-Festschrift, S. 436

Tatbeständen des Besonderen Teils vom vollendeten Delikt ausgeht. Außerdem vermag diese Auffassung die Möglichkeit der Strafmilderung gemäß § 44 nicht zu erklären. Schließlich steht der Ansicht Halls auch der Gedanke entgegen, daß die Norm im Rahmen ihrer Bewertungsfunktion idealtypisch von einem Zustand ausgeht, der den Endpunkt eines gedachten Geschehens darstellt. Denn Unrecht kann am ehesten und greifbarsten als unmittelbare Umkehrung des dem Recht entsprechenden Zustandes verstanden werden, also als Verletzung eines rechtmäßigen Zustandes und damit als Beeinträchtigung eines vom Recht geschützten, konkreten Wertes.

Gegen das bisher gefundene Ergebnis ließe sich jedoch noch ein weiterer Einwand geltend machen. Oben wurde als eigene Auffassung vertreten, daß Unrecht nur dann vorliegen kann, wenn sowohl der Bestimmungs- als auch der Bewertungsfunktion der Norm zuwidergehandelt wurde. Unrecht setzt sich demnach aus zwei Elementen zusammen, nämlich dem Hinwegsetzen des Täters über das Ge- bzw. Verbot und der Verletzung eines Wertes oder einem Verhalten, das auf eine solche Verletzung zusteuert. Dabei wurde die Wertwidrigkeit bisher ausschließlich objektiv als wertwidriges Außenweltgeschehen, d.h. als Verletzung oder Gefährdung eines konkreten [56] Rechtsguts aufgefaßt. Demgegenüber könnte jedoch vertreten werden, daß sich die Wertwidrigkeit eines Verhaltens nicht in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts erschöpfe[57], sondern - bei einer tiefer gehenden Betrachtung - auch mit subjektiven Momenten angefüllt sei.

---

56) dazu wird unten im 6.Abschnitt Stellung genommen.
57) in diesem Sinne WELZEL, Strafrecht, S. 62

Eine Bestätigung könnte dieser Einwand z.B. in den Deliktstatbeständen finden, die sogenannte Gesinnungsmerkmale [58] enthalten. Hier könnten solche subjektiven Unrechtsmerkmale vorliegen, die auch beim vollendeten Delikt ihre unrechtsbegründende Funktion nicht verlieren[59] und auch nicht durch eine Vorverlegung des Rechtsgüterschutzes aus kriminalpolitischen Erwägungen erklärbar sind [60]. Ob Gesinnungsmerkmale allerdings als Unrechts- oder Schuldmerkmale aufzufassen sind, ist weitgehend umstritten[61]. Im Rahmen dieser Arbeit muß aber darauf verzichtet werden, diese Frage eingehend zu diskutieren. Vielmehr wollen wir davon ausgehen, daß es möglich ist, die Gesinnungsmerkmale auch als Unrechtsmerkmale aufzufassen, und wollen fragen, ob daraus der Lehre von der personalen Natur des Unrechts ein Argument erwächst.

Als Beispiel sei der Mord - § 211 - mit seinen Qualifikationsmerkmalen "Habgier"[62], "heimtückisch"[63] und "grausam"[64] herausgegriffen. Hier ist ersicht-

---

58) zu diesem Begriff vgl. insbesondere SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 217 ff.

59) vgl. MEZGER-BLEI, AT, S. 104

60) nach LANGE, ZStW 63, 468, erklärt sich aus diesem Gesichtspunkt das subjektive Unrechtsmerkmal der Zueignungsabsicht bei § 242; vgl. auch SAX, in: Die Grundrechte, Bd.3, 2.Halbbd., S.917; MARX, Zur Definition, S. 72 f.

61) vgl. einerseits - Einordnung als Schuldmerkmale - GALLAS, ZStW 67, 46; WÜRTENBERGER, Strafrechtswissenschaft, S.56 f.; vgl. andererseits - Einordnung als Unrechtsmerkmale - MAURACH, AT, S.268 ff., der aber - aaO., S.270 - z.B. die Merkmale "grausam" und "heimtückisch" als objektive Tatbestandsmerkmale ansieht, nicht aber als sog. Gesinnungsmerkmale. Freilich meint Maurach, der Unterschied sei überwiegend terminologischer Art. Vgl.zur differenzierenden Auffassung vor allem SCHMIDHÄUSER, AT, S.202 ff.m.w.N. und Festschrift f.Engisch, S.447 (anders noch in: Gesinnungsmerkmale, S.217; vgl. dazu die Kritik von STRATENWERTH, Festschrift für v.Weber, S.171 ff.)

62) vgl. SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S.223 ff.

63) vgl. SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S.232 ff.; SCHAFFSTEIN, Festschrift f.H.Mayer, insbes.S.427 ff.

64) vgl. SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S.238 ff.

lich, daß die Wertwidrigkeit, die eine Seite des Unrechts, sich nicht allein in der Verletzung des Rechtsguts Leben erschöpft. Vielmehr kommt eine auf den ersten Blick als besonders verwerflich anzusehende Gesinnung hinzu. Wie die Auslegung der oben angeführten Qualifikationsmerkmale durch die Rechtsprechung deutlich macht und ein Blick auf andere Deliktstatbestände zeigt, können diese Merkmale nicht ohne Bezug zu dem jeweils infrage stehenden Rechtsgut im Tatbestand Aufnahme gefunden haben, denn sonst wäre nicht verständlich, weshalb diese Merkmale nur beim Mord unrechtskonstitutiv sind. Wie ferner die Heranziehung anderer Deliktstatbestände, die ebenfalls sogenannte Gesinnungsmerkmale enthalten[65], erweist, besteht der angesprochene Bezug zum großen Teil darin, daß als Opfer Menschen betroffen sind, die in besonderem Maße des Schutzes und der Hilfe bedürfen und nur begrenzte Möglichkeiten haben, sich gegen Beeinträchtigungen zu wehren. Gerade diesen Menschen gegenüber erscheinen gewisse Handlungen als "gewissenlos", "böswillig", "heimtückisch", kurz: als besonders verwerflich, während dieselben Handlungen offenbar anderen gegenüber nicht "gewissenlos" sind, sondern nur von schlechter Gesinnung zeugen. Insbesondere beim Mordmerkmal "Heimtücke" kann davon ausgegangen werden, daß hier Menschen betroffen sind, die aufgrund des dem Täter entgegengebrachten Vertrauens wehrlos sind[66]. Wenn auch die vorstehenden Ausführungen nur für einen Teil der Deliktstatbestände mit Gesinnungsmerkmalen gelten, so ist den

---

65) z.B. §§ 170 a, b, d und § 223 b

66) vgl. SCHAFFSTEIN, Festschrift für H.Mayer, S.428 f.; ebenso auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211, Anm. 14 und 16 m.w.N.; KOHLRAUSCH-LANGE, § 211 Anm. VIII 8 sowie vor allem SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 234 ff.

Gesinnungsmerkmalen insgesamt jedoch gemeinsam, daß sie als subjektive Merkmale stets mit dem objektiv wertwidrigen Verhalten insofern verknüpft sind, als sie sich in der Tat dokumentieren und nur in Verbindung mit der Art oder Situationsgebundenheit des angegriffenen Objekts verstanden werden können[67].

Zum Verhältnis dieser Gesinnungsmerkmale zur Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung ließe sich anführen, daß die in der Tat zum Ausdruck kommende, besonders verwerfliche Gesinnung des Täters die Wertwidrigkeit erhöhe. Nach dem oben Ausgeführten kann das jedoch nicht zutreffen, da mit der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung die Wertwidrigkeit bereits in vollem Umfange erschöpft und die Gesinnung des Täters dafür irrelevant ist. Diese Betrachtung ändert sich allerdings, wenn man die Möglichkeit anerkennt, daß neben der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung eine zweite Wertwidrigkeit anderer Natur vorliegen kann. Wie schon angesprochen, setzt sich der Täter bei der heimtückischen Tötung nicht nur über den vom Leben ausgehenden Achtungsanspruch hinweg, sondern auch über das ihm entgegengebrachte Vertrauen[68]; bei der grausamen Tötung zeigt der Täter ein nicht übersteigbares Maß an Unbarmherzigkeit und Gefühllosigkeit[69]; bei der Tötung aus Habgier offenbart der Täter, daß ihm das Leben eines Menschen nichts gilt, wenn es darum geht, bestimmte Sachwerte zu erlangen[70]. Zusammengefaßt verstößt der Täter in allen diesen Fällen durch sein gesamtes Verhalten nicht nur gegen den vom Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruch, er führt nicht nur eine Rechtsguts

---

67) ebenso MARX, Zur Definition, S. 73

68) SCHAFFSTEIN, aaO., S. 428

69) SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 241

70) SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 234 und AT, S. 202 f.

verletzung herbei, sondern er verstößt zugleich auch in besonders schwerer Weise gegen elementare, in unserer Gesellschaft anerkannte sittliche Werte.

Unter der Voraussetzung, daß Gesinnungsmerkmale als Unrechtsmerkmale aufgefaßt werden können, kann die Ausgangsfrage dahingehend beantwortet werden, daß in den angeführten Fällen die Rechtsgutsverletzung die Wertwidrigkeit nicht erschöpft. Da die Deliktstatbestände mit Gesinnungsmerkmalen jedoch nur eine kleine Gruppe innerhalb aller Tatbestände des Besonderen Teils des StGB darstellen, da ferner auch hier eine Rechtsgutsverletzung vorliegen muß, da weiterhin der in der Erfüllung des jeweiligen Gesinnungsmerkmals offenbar werdende Verstoß gegen einen elementaren sittlichen Wert nur in Verbindung mit dem infrage stehenden Rechtsgut und der Art seiner Verletzung verständlich ist, kann aus der Existenz der Gesinnungsmerkmale nicht geschlossen werden, daß das strafrechtliche Unrecht in erster Linie durch den Abfall des Täters von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung gekennzeichnet wird. Vielmehr ist festzustellen, daß selbst bei den Deliktstatbeständen mit Gesinnungsmerkmalen die Rechtsgutsverletzung im Vordergrund steht, was um so mehr für die anderen Deliktstatbestände gilt[71].

Auch wenn man die Tendenzdelikte heranzieht, bei denen die Handlung des Täters nur als Ausdruck einer bestimmten Tendenz unrechtmäßig ist[72], ist das Ergebnis kein anderes. Auch hier sei wieder ein Beispiel angeführt: Ein Gynäkologe untersucht seine Sprechstundengehilfin. Ob hier der Tatbestand des § 174 Abs. 1 Ziffer 1 - Unzucht mit Abhängigen - er-

---

71) ebenso WÜRTENBERGER, Strafrechtswissenschaft, S. 58; ferner: SINA, Dogmengeschichte, S.97

72) vgl. LAMPE, Das personale Unrecht, S. 67; MAURACH, AT, S. 269

füllt ist, hängt von dem Vorliegen eines subjektiven Elements - der wollüstigen Absicht - ab. So läge im Beispielsfalle Unzucht vor, wenn der Arzt nicht zu medizinisch gebotenen Zwecken, sondern zur eigenen Erregung eine gynäkologische Untersuchung vornehmen würde. Dennoch wird eine Handlung allein durch die entsprechende Absicht nicht zur Unzucht, wenn dieser Handlung nicht selbst schon eine Tendenz zum Unzüchtigen innewohnt[73]. Nur wenn diese Tendenz - wie im Beispielsfalle - objektiv nicht auszuschließen ist, vermag die Absicht eine objektiv mehrdeutige Handlung zur unzüchtigen zu stempeln. Liegt jedoch eine eindeutige Handlung vor, bei der eine Tendenz zum Unzüchtigen ausgeschlossen werden kann, so kann selbst eine wollüstige Absicht diese Handlung nicht zur unzüchtigen machen.

Schließlich soll die Strafbarkeit und damit die Unrechtmäßigkeit[74] auch desjenigen untauglichen Versuchs, der objektiv eindeutig keine Tendenz zur Verletzung eines Rechtsguts aufweist, den Beweis dafür erbringen, daß das Unrecht in erster Linie personaler Natur sei bzw. personales Unrecht allein ausreiche, um das Unrecht einer Handlung zu konstituieren[75].

---

73) vgl. statt vieler DREHER, StGB, Vorbemerkungen 2) A) b) und c) sowie 2) B a. E. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung, nach der das äußere Erscheinungsbild grundsätzlich bereits die Unzüchtigkeit erkennen lassen müsse bzw. Handlungen, die nicht eine gewisse Erheblichkeit im Äußeren erreichen, von vornherein nicht in Betracht kommen.

74) Diese Umkehrung von Grund und Folge erscheint dann nicht willkürlich, wenn man bedenkt, daß das Problem der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs unterschwellig eine Frage der Strafwürdigkeit ist; vgl. MAURACH, AT, S. 505. Wird jedoch die Strafwürdigkeit - wie von der h.M. - bejaht, so gelangt man zur Strafbarkeit und von dort zur Rechtswidrigkeit, da nach nahezu einhelliger Meinung strafbar nur das sein kann, was rechtswidrig ist.

75) so BOCKELMANN, in: Niederschriften, S. 175; WELZEL, Strafrecht, S. 62

Soweit man hier atypische Fälle wie den untauglichen Versuch nur dazu heranzieht, um einen tieferen Einblick in die Natur des Unrechts zu gewinnen, kann dem nur zugestimmt werden, da gerade diese besonderen Fälle die Konsequenzen einer generellen Auffassung oder eines Systems deutlich machen. Es ist jedoch "eine im wahrsten Sinne des Wortes verkehrte Auffassung"[76], von einem atypischen Fall aus den generellen Unwert allen strafrechtlich erheblichen Verhaltens bestimmen zu wollen; ganz davon abgesehen, daß die Annahme, der untaugliche Versuch stelle stets Unrecht dar, letztlich auf der Behauptung beruht, daß außer dem abergläubischen bzw. irrealen Versuch jeder Versuch strafbar sei. Diese Auffassung ist schon vom Ansatz her verfehlt. Sie ist auch deshalb verfehlt, weil - wie dargelegt - nirgends sonst die personale Seite des Unrechts allein genügt, um die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens begründen zu können.

3. Erweiterung der Fragestellung durch die Auffassung Lampes.

Eine Einschränkung der bisher angeführten Lehren von der personalen Natur des Unrechts stellt die Auffassung Lampes dar, denn im Gegensatz zu diesen Lehren und insbesondere zu Welzel ist Lampe der Meinung, daß bloßer Subjektunwert keineswegs die Bezeichnung "personales Unrecht" verdiene und darüber hinaus auch nicht zur Konstituierung des Unrechts genüge.

---

76) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 95 gegenüber Hall, der den Versuch und nicht die Vollendung als im Vordergrund stehende Verwirklichungsstufe eines Delikts ansieht. Dieses Wort Spendels gilt hier um so mehr; ebenso LAMPE, Das personale Unrecht, S. 249

In dem Bemühen, sowohl die Lehren von der "objektiv-impersonalen" Natur des Unrechts als auch die Lehren von der "subjektiv-personalen" Natur des Unrechts mit ihrer jeweiligen Einseitigkeit zu überwinden, sucht Lampe einen Gesichtspunkt, der Objekt- und Subjektunwert in sich aufnimmt und auf einer übergreifenden Ebene vereint[77]. Er findet diesen Gesichtspunkt in dem Begriff "Beziehungsunwert", der allein den wahren Grund für die Beurteilung eines Geschehens als Unrecht abgebe[78]. Dieser Begriff nehme den bloßen Unwert des Erfolges - Objektunwert - und den bloßen Unwert der Handlung oder des bösen Willens - Subjektunwert - in sich auf, weil für das Unrecht nur der auf einem menschlichen Verhalten, also auf einer Beziehung zum Menschen beruhende Erfolgsunwert relevant sei, ebenso wie dafür auch nur der auf einen Erfolg bezogene Unwert der Handlung beachtlich sei. Darüber hinaus vereinige der Begriff "Beziehungsunwert" die Begriffe "Objektunwert" und "Subjektunwert", weil beide eine Beziehung zum Rechtsfrieden, dem übergreifenden Ziel allen Rechts, hätten[79]. Diese Beziehung bestehe darin, daß Objektunwert und Subjektunwert nur dann unrechtskonstitutiv sein könnten, wenn in ihnen zugleich ein Bruch des Rechtsfriedens zum Ausdruck komme. Mithin liege Beziehungsunwert nur, aber auch stets dann vor, wenn ein Bruch des Rechtsfriedens gegeben sei[80]. "Personales" Unrecht sei demnach der auf Subjektunwert beruhende Bruch des Rechtsfriedens, während "impersonales" Unrecht der auf Objektunwert beruhende Bruch des Rechtsfriedens sei[81].

Für den hier interessierenden untauglichen Versuch ergibt sich daraus die Konsequenz, daß auch dort, wo

---

77) LAMPE, Das personale Unrecht, S. 212 f.; vgl. im Zusammenhang S. 210 bis S. 227
78) LAMPE, aaO., S. 216
79) LAMPE, aaO., S. 216 f.
80) LAMPE, aaO.,S. 218 f.
81) LAMPE, aaO., S. 226

"ein konkretes Rechtsgut weder verletzt noch gefährdet werde"[82], der auf die Verwirklichung des Erfolges gerichtete Wille - Subjektunwert - zur Begründung des Unrechts eines untauglichen Versuchs ausreicht, wenn in ihm zugleich der Bruch des Rechtsfriedens zum Ausdruck kommt. Nach Lampe ist das bei jedem untauglichen Versuch der Fall mit Ausnahme des abergläubischen Versuchs, weil bei dem letzteren "infolge der absoluten Harmlosigkeit des Deliktversuchs der Rechtsfrieden nicht gestört werde"[83].

Unsere Fragestellung erfährt mit dieser Auffassung eine Erweiterung dahingehend, ob Subjektunwert in Verbindung mit dem Bruch des Rechtsfriedens - also personales Unrecht im Sinne Lampes - ausreicht, um Unrecht begründen zu können. Auf eine Auseinandersetzung kann hier jedoch zunächst verzichtet werden, da die Wendungen "Bruch des Rechtsfriedens" und "Störung des Rechtsfriedens" mit dem nach h.M. notwendigen Element "Störung des Rechtsfriedens" oder "abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung" der Sache nach identisch sind und daher bei der Auseinandersetzung mit der h.M. behandelt werden können. Diese Verweisung ist auch deshalb angezeigt, weil Lampe weitgehend die Frage offen läßt, mit Hilfe welcher Kriterien zu entscheiden ist, wann denn ein Bruch oder eine Störung des Rechtsfriedens vorliegt. Allerdings gibt Lampe einen Hinweis insofern, als der Rechtsfrieden offenbar dann nicht gestört sein soll, wenn der Versuch absolut harmlos war. Danach scheint es ihm bei der Frage nach der Feststellbarkeit des Beziehungsunwertes darauf anzukommen, ob ein Mehr oder Weniger an Tauglichkeit der Handlung gegeben ist. Wo jedoch die Grenze zwischen

---

82) LAMPE, aaO., S. 218

83) ebenda

Harmlosigkeit und Ernsthaftigkeit bzw. Gefährlichkeit verläuft, wird nicht näher dargestellt. Da es jedenfalls das Kriterium der Gefährdung eines konkreten Rechtsguts nicht sein kann[84], bleibt die Möglichkeit, daß das entscheidende Kriterium in der, gegebenenfalls von der h.M. näher charakterisierten abstrakten Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung oder aber in einem Eindrucksmoment im Sinne der sog. Eindruckstheorie[85] zu finden ist.

Zweiter Abschnitt

Der verbrecherische Wille in Verbindung mit einer abstrakten Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung bzw. einer Störung des Rechtsfriedens als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

Der h.M. zufolge liegt der innere Grund für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht allein in dem zutage getretenen verbrecherischen Willen des Täters, sondern zugleich in der abstrakten Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung. Hinsichtlich dieses zweiten Elements ist zu fragen, was der Bezugspunkt einer solchen Gefährdung sein kann. In Betracht kommen der verbrecherische Wille, die Person des Täters oder das Verhalten unter Berücksichtigung des Willens.

---

84) so ausdrücklich LAMPE, Das personale Unrecht, S. 218

85) vgl. MEZGER-BLEI, AT, S. 253 f.; JESCHECK, AT, S. 352; SALM, Das versuchte Verbrechen, insbesondere S. 157 ff.

Wäre es allein der Wille, auf den der Gesichtspunkt der abstrakten Gefährdung bezogen wäre, so ergäben sich gegen die h.M. dieselben Einwände, wie sie gegen die im vorhergehenden Abschnitt behandelten Auffassungen Welzels und Bockelmanns geltend gemacht wurden, da dann ebenso nur Subjektunwert zur Konstituierung des Unrechts ausreichte. Wie sich jedoch aus den Stellungnahmen der h.M. zum abergläubischen oder auch irrealen Versuch ergibt, ist es der untaugliche Versuch selbst, d.h. die begrifflich einen untauglichen Versuch darstellende Handlung, die Bezugspunkt für das Urteil der abstrakten Gefährlichkeit ist[86], nicht aber der Wille als solcher und noch weniger die Person des Täters. Die h.M. fordert damit zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ein im Prinzip objektives Kriterium: die im Verhalten des Täters zum Ausdruck kommende, betätigte Auflehnung gegen die Rechtsordnung, die zugleich eine abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung darstellt.

Wenden wir uns der Bedeutung der Begriffe "Rechtsfrieden" im Sinne Lampes und "Rechts- und Friedensordnung" im Sinne der h.M. zu, so kann Lampe nur zugestimmt werden, wenn er meint, daß der Rechtsfriede für jegliches Recht der zentrale Begriff insofern sei, als alles Recht der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens diene [87]. Unrecht bedeutet deshalb auch in jedem Falle Störung des Rechtsfriedens. Sieht man es so, dann spricht einiges für die Grundauffassung Lampes. Ist nämlich umgekehrt der Rechtsfriede nicht gestört, so könnte das eine plausible Erklärung dafür sein, daß strafrechtlich erhebliches Unrecht selbst dann nicht vorliegen mag, wenn per-

---

86) MAURACH, AT, S. 508, 510; STRATENWERTH, AT, S. 196

87) LAMPE, Das personale Unrecht, insbes. S. 217, 219

sonales oder impersonales Unrecht oder beide gegeben sind[88]. So könnte, um ein Beispiel Schmidhäusers[89] anzuführen, das Verhalten eines Feuerwehrmannes, der aus einem brennenden Haus ein Kind in ein Sprungtuch wirft, auch ohne den Rückgriff auf die Konstruktion des übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstandes[90] auch dann nicht rechtswidrig sein, wenn das Kind im Sprungtuch sich tödlich verletzt[91].

Selbst wenn diese Auffassung - was hier dahinstehen kann - zutreffend wäre, so wäre doch ein umgekehrtes Vorgehen nicht statthaft, wonach - wie bei Lampe deutlich wird[92] - Unrecht gegeben sein soll, wenn der Täter, ohne die Unrechtsmerkmale des betreffenden Deliktstatbestandes vollständig zu erfüllen, lediglich den Rechtsfrieden gebrochen hat.

Entsprechend der schon im vorhergehenden Abschnitt geübten Kritik ist zunächst wieder nicht ersichtlich, weshalb ein Kriterium, das nirgends sonst das Unrecht eines Verhaltens erschöpfend beschreibt, gerade hier ausschlaggebend sein soll. Vor allem würden aber nach dieser Auffassung die erforderlichen Unrechtsmerkmale, die allein die spezifische Verbotsmaterie beschreiben können, durch einen nicht differenzierenden Begriff höchsten Abstraktionsgrades ersetzt. Das verstöße jedoch wiederum gegen die fragmentarische Natur des Strafrechts, wonach nur elementare, besonders krasse Verstöße gegen die Rechts- und Friedensordnung als strafrechtlich er-

---

88) LAMPE, Das personale Unrecht, S. 222 f.

89) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 212

90) so etwa WELZEL, Strafrecht, S. 91 f.

91) weitere Fälle, insbesondere der sogenannte "Radfahrer-Fall" (BGHSt 11, 1), werden bei LAMPE, Das personale Unrecht, S. 219 ff., behandelt.

92) LAMPE, Das personale Unrecht, S. 217 ff.

hebliches Unrecht angesehen werden können[93], wie ein Vergleich mit den Vorschriften des BGB deutlich macht. Nur zwei Beispiele seien hier herausgegriffen. Zum einen ist die verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB sicherlich eine Störung des Rechtsfriedens und damit nach bürgerlichem Recht rechtswidrig. Dennoch muß die verbotene Eigenmacht, wie die Straflosigkeit der Gebrauchsanmaßung zeigt[94], kein strafrechtlich erhebliches Unrecht sein. Zum zweiten ist die fahrlässige Sachbeschädigung nach bürgerlichem Recht widerrechtlich und stellt - als unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB - schon eine recht krasse Störung des Rechtsfriedens dar. Dennoch ist dieser Verstoß nicht kraß genug, um im Rahmen des § 303 strafrechtlich erhebliches Unrecht zu sein. Muß demnach der Verstoß gegen den Rechtsfrieden besonders kraß sein, um strafrechtliches Unrecht zu begründen, so muß er ferner auch gegen einen ganz bestimmten, fest umrissenen Ausschnitt aus dem Bereich der Rechts- und Friedensordnung gerichtet sein, was schon daraus hervorgeht, daß es im Strafrecht keine Norm gibt, die - vergleichbar der polizeilichen Generalklausel - den Rechtsfrieden im allgemeinen schützt. Selbst bei den in dieser Hinsicht weit gefaßten §§ 124 bis 126 kommen nur gewalttätige Angriffe gegen Menschen und Sachen in Betracht. Ebenso schützt § 241 nur den Rechtsfrieden des Einzelnen[95], und dies nicht etwa allgemein, sondern nur gegen Bedrohung mit der Begehung von Verbrechen. Im übrigen folgt ferner aus dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, daß der Täter nur dann bestraft werden kann, wenn er den

---

93) vgl. zum folgenden auch LANGE, Anm. zu BGH, JZ 1958, 669 = BGHSt 11, 324, in: JZ 1958, 672

94) abgesehen vom Sonderfall des § 248 b.

95) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 241 Anm. 1; DREHER, § 241 Anm. 1); noch enger - Freiheitsgefährdungsdelikt - MAURACH, BT, S. 109 ff.

spezifischen Unrechtsgehalt eines gesetzlich bestimmten Ge- bzw. Verbots verwirklicht hat. Nach alledem ist es unzulässig, die Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens auf ein Kriterium allgemeinster Art zu stützen, das zwar eine generelle Erklärung für das Verbot eines Verhaltens abgibt, nicht aber erklären kann, inwiefern und weshalb strafrechtliches Unrecht vom bürgerlich-rechtlichen Unrecht oder dem der Ordnungswidrigkeiten abschichtbar ist[96]. Schließlich kann mit diesem Kriterium ebenso-wenig bei der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bzw. Vollendung, Versuch und Vorbereitung gearbeitet werden, da alle diese Begehungsweisen oder Verwirklichungsstufen eines Delikts eine Störung des Rechtsfriedens darstellen. Der Grund für die Trennung von Unrechtsverwirklichung und Teilhabe am Unrecht, von Vollendung, Versuch und Vorbereitung erschließt sich nur, wenn die Abstraktionshöhe des Bezugspunktes gesenkt, wenn auf das in der betreffenden Norm zum Ausdruck kommende, spezifische Unrechtsleitbild und auf die konkrete Verwirklichung dieses Leitbildes abgestellt wird. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß trotz der Verwirklichung spezifischen Unrechts das Verhalten des Täters bei einer Gesamtbeurteilung nicht als rechtswidrig angesehen werden kann, weil es im Einzelfall an einer Störung des Rechtsfriedens fehlen kann. Ausgeschlossen ist aber, ein Verhalten als rechtswidrig zu beurteilen, das zwar als Störung des Rechtsfriedens aufgefaßt werden kann, jedoch nicht durch das vom Unrechtsleitbild vorgezeichnete "Nadelöhr" paßt, somit keine konkrete Entsprechung des vertypten Unrechts darstellt[97].

---

96) vgl. auch STÖGER, Versuch, S. 40 f.

97) ähnlich SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 23, der von einem "Tor" spricht.

Außerdem muß noch auf die folgenden Gesichtspunkte hingewiesen werden. Es bleibt bereits unklar, wie - am Beispiel des Totschlags - sowohl der taugliche als auch der untaugliche Versuch nach ein und denselben Vorschriften, nämlich den §§ 212, 43, bestraft werden kann, wenn man mit der h.M. die Strafbarkeit des tauglichen Versuchs damit begründet, daß dieser Versuch ein Angriff auf das Leben eines anderen sei, hingegen die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs damit rechtfertigt, daß jener die Rechts- und Friedensordnung abstrakt gefährde[98]. Denn das in § 212 geschützte Rechtsgut ist nach allgemeiner Auffassung nicht die allgemeine Rechts- und Friedensordnung, sondern primär das Leben anderer. Auch mit Hilfe des § 43 kann keine andere Beurteilung gewonnen werden, weil § 43 für sich allein genommen sinnlos und daher kein Deliktstatbestand ist, vielmehr einen Strafausdehnungsgrund darstellt und daher untrennbar sowohl mit dem Tatbestand des § 212 als auch mit dem in diesem Tatbestand geschützten Rechtsgut verbunden ist.

Verfolgt man diesen Ansatz weiter, so wäre der untaugliche Versuch eines Totschlags nach der h.M. sogar straflos[99]. Da dieser Versuch erklärtermaßen keinen Angriff auf das Leben eines anderen darstellen soll, kann das in § 212 geschützte Rechtsgut durch einen untauglichen Versuch nicht getroffen werden. Da es jedoch ferner keinen Deliktstatbestand gibt, der lediglich die allgemeine Rechts- und Friedensordnung vor deren abstrakter Gefährdung schützt - auch § 43 erfüllt, wie oben dargelegt, diese Funktion nicht -, bleibt kein Tatbestand, nach dem jener untaugliche Versuch bestraft werden könnte.

---

98) ebenso CRAMER, Vollrauschtatbestand, S. 63

99) ebenso CRAMER, Vollrauschtatbestand, S. 64

Des weiteren stellt die h.M. die Maßgeblichkeit des Kriteriums "abstrakte Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung" selbst in Frage, wie bei der Beurteilung von solchen Fällen deutlich wird, in denen der Täter einem umgekehrten Subsumtionsirrtum erlegen ist. Zu denken ist hier insbesondere an die Entscheidung des BGH vom 1.7.1959[100], in der es darum ging, ob die Herstellung von - später mit Erfolg benutzten - Bezugskarten, die weder den Aussteller noch den Berechtigten erkennen ließen, als untauglicher Versuch der Urkundenfälschung oder als Wahndelikt zu qualifizieren war. Danach ist sogar dann, wenn tatsächlich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung erreicht worden ist - hier: Täuschung im Rechtsverkehr -, nach h.M. kein Unrecht gegeben, obwohl sicherlich eine Beeinträchtigung des Rechtsfriedens vorliegt. Die Begründung der h.M. für die Straflosigkeit dieser Fälle kann dann offenbar nur darin liegen, daß es nicht genügt, wenn der Täter auf die Beeinträchtigung eines Rechtsguts abzielt und den Rechtsfrieden stört. Es muß dann also, so ließe sich folgern, sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht allein darauf ankommen, daß die Störung des Rechtsfriedens dem Unrechtsleitbild des betreffenden Deliktstatbestandes entspricht. Soweit es die subjektive Seite, beim Versuch also den Tatentschluß, angeht, ist das auch tatsächlich der Standpunkt der h.M.. Hier wird bis ins einzelne geprüft[101], was der Täter sich vorgestellt und ob er eine laienhaft richtige Bewertung normativer Tatbestandsmerkmale getroffen hat. Warum aber dann darauf verzichtet wird, mit

---

100) BGH St 13, 235

101) BGH St 13, 235 (239 ff.) ; MAURACH, NJW 1962, 716 ff. und 767 ff.

gleich strengen Maßstäben an die objektive Tatseite, hier: den Anfang der Ausführung eines bestimmten Delikts, heranzugehen, und warum stattdessen auf ein Kriterium allgemeinster Art zurückgegriffen wird, bleibt widersprüchlich und nicht rational nachvollziehbar.

Auch in den abstrakten Gefährdungsdelikten findet die h.M. keine Entsprechung und damit keine Unterstützung, obwohl es zunächst den Anschein haben mag. Denn zum einen richten sich diese Gefährdungsdelikte gegen die Gefährdung eines Rechtsgutes oder mehrerer Rechtsgüter, nicht aber gegen die Gefährdung der allgemeinen Rechts- und Friedensordnung. Zum anderen ist bei diesen Delikten allein ein schon äußerlich typisch gefährliches Verhalten wie z.B. Inbrandsetzen eines Hauses (§ 306), Hetzen eines Hundes (§ 366 Nr. 6) usw. tatbestandsmäßig, nicht jedoch ein äußerlich völlig ungefährliches Verhalten. Schließlich ist bei den abstrakten Gefährdungsdelikten das unrechtsbegründende Verhalten des Täters und damit der Zeitpunkt der Abstraktion vom konkreten Kausalverlauf vom Gesetzgeber fest umrissen worden. Hingegen ist das Kriterium "Gefährdung der Rechts- und Friedensordnung" im Sinne der h.M. völlig vage und unbestimmbar.

Nach allem vermag der Standpunkt der h.M. zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht zu überzeugen.

Dritter Abschnitt

Der verbrecherische Wille in Verbindung mit einem Eindrucksmoment als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

Eine der h.M. nahestehende Auffassung stellt die heutige Ausprägung der Eindruckstheorie dar [102]. Danach ist als Strafgrund des Versuchs nicht allein der verbrecherische, wertwidrige Wille anzusehen, sondern auch der mögliche Eindruck eines strafbaren Beginnens. Genauer gesagt ist nach dieser Auffassung der im untauglichen Versuch zum Ausdruck gekommene verbrecherische Wille nur, aber auch dann stets strafbar, wenn die Tat geeignet ist, "das Gefühl der Rechtssicherheit bei demjenigen zu erschüttern, dem sie zur Kenntnis kommt"[103], bzw. "das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung"[104] zu erschüttern. Auch nach dieser Auffassung steht der rechtsfeindliche Wille des Täters im Vordergrund. Die Erschütterung des Gefühls der Rechtssicherheit findet nur als Regulativ Verwendung[105]. Das übersieht Salm[106], so daß sein Vorwurf fehlgeht, die dargestellte Auffassung müsse Verdachtsstrafen in Kauf nehmen, weil es ihr allein auf den Eindruck der Tat ankomme.

Im Grunde handelt es sich bei dem Regulativ "Eindruck" um nichts anderes als die gleichsam subjektive Kehrseite des von der h.M. gebrauchten Kri-

---

102) vgl. JESCHECK, AT, S. 352; MEZGER-BLEI, AT, S. 252 f.

103) MEZGER-BLEI, AT, S. 253.

104) JESCHECK, AT, S. 352

105) so ganz deutlich MEZGER-BLEI, AT, 252; ebenso bereits in der 6.Aufl., die Salm vorlag.

106) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 107 ff.

teriums "Störung des Rechtsfriedens", da wirklicher Rechtsfriede nur dort besteht, wo das Gefühl der Rechtssicherheit und das Vertrauen in die Geltung der Rechtsordnung herrschen[107]. Außerdem ist mit jeder Störung des Rechtsfriedens, die der Öffentlichkeit bekannt wird, stets eine Erschütterung des Vertrauens eines Teils der Öffentlichkeit in die unumstößliche Geltung der Rechtsordnung verbunden.

Geht man davon aus, dann ergeben sich gegen die hier behandelte Auffassung die gleichen Einwände wie gegenüber der h.M.. Insbesondere ist auch hier die Abstraktionshöhe des Bezugspunktes zu hoch und das Kriterium "Eindruck" als solches zu unbestimmt, um rechtsstaatlichen Anforderungen genügen zu können. Gleichwohl ist gegenüber der heutigen Ausprägung der Eindruckstheorie zuzugeben, daß sie insofern einen richtigen Kern enthält, als mit einer Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zugleich eine Gefahr für die von der Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter verbunden ist und man auf diesem Umweg von einer im untauglichen Versuch enthaltenen Rechtsgutsgefährdung sprechen kann[108]. Jedoch gilt dann, ebenso wie gegenüber der h.M., der Einwand, daß eine solche Rechtsgutsgefährdung nach geltendem Strafrecht nicht strafbar ist, weil es keinen Deliktstatbestand gibt, der einen solchen, allgemeinen Geltungsschaden mit Strafe belegt. Wenn überhaupt, so könnte ein solcher Schaden nur dann relevant sein, wenn damit ein bestimmtes Rechtsgut aufgrund eines tatbestandlichen Verhaltens in seiner Geltung erschüttert würde[109].

---

107) Deshalb verwundert es auch nicht, wenn JESCHECK die eigene Auffassung in eine Linie mit der h. M. stellt und von beiden insgesamt als "herrschende Lehre" spricht; aaO., S. 352.

108) so STÖGER, Versuch, S. 52 unter Berufung auf v.Gemmingen

109) Diese Auffassung, die von SALM vertreten wird, wird sogleich im Vierten Abschnitt behandelt.

Vierter Abschnitt

Die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts durch einen intensiven, wertwidrigen Willen in Verbindung mit einem Geltungsschaden als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

Eine von den bisher behandelten Meinungen abweichende, aber wiederum in jeweils einem Aspekt mit jeder dieser Meinungen übereinstimmende Auffassung wird von Salm vertreten. Mit der im Ersten Abschnitt behandelten Meinung stimmt Salm insofern überein, als auch nach seiner Ansicht der wertwidrige Wille den wichtigsten Faktor für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs darstellt. Mit der h.M. verbindet Salm der Gedanke der Bewährung der Rechtsordnung und der Auflehnung des Täters, während er der im Dritten Abschnitt behandelten Eindruckstheorie durch die Verwendung eines Eindrucksmoments (Geltungsschaden) nahekommt.

Salm verbindet diese Aspekte wie folgt:

Zunächst sei davon auszugehen, daß das Strafrecht die Aufgabe habe, Rechtsgüter zu schützen[110]. Der Strafbarkeit des Versuchs liege folglich die Herbeiführung einer Rechtsgutsgefährdung zugrunde. Diese Gefährdung sei aber schon dann gegeben, wenn ein hochgradig gesteigerter Wille - von Salm auch "rechtswidrig-erfolgsnaher Vorsatz" genannt[111] - den tatbestandlich geschützten Zustand zu verändern drohe[112]. Eine solche Gefährdung sei insofern ob-

110) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 23
111) aaO., S. 38
112) aaO., S. 27

jektiv, als der Wille schon die drohende Wertwidrigkeit verkörpere[113]. Diese "Willensgefahr" genüge zur Unrechtsbegründung, weil schon mit ihrer Existenz der Schutzzweck des Strafrechts in höchstem Maße vereitelt sei; der Wille sei nicht mehr ansprechbar, somit habe die Generalprävention versagt[114]. Hingegen komme es auf die Beschaffenheit des individuell-konkreten Außenweltgeschehens nicht an, weil es der Schutzzweck des Strafrechts allein mit dem Generell-Wertwidrigen und Typischen zu tun habe[115]. Allerdings, so schränkt Salm ein, müsse die Willensgefahr sich objektiviert haben und sichtbar sein, d.h. eine tatbestandlich-typische Aktivität ausweisen[116], für die als Indiz die Handlung in Betracht komme[117]. Ferner müsse der Wille vernünftig gesteuert sein, und die Untauglichkeit dürfe ihm nicht von vornherein anhaften, sondern müsse erst später durch den Außenweltzufall hinzukommen[118].

Was den Außenweltzufall angehe, so meint Salm, sei dieser Zufall zwar grundsätzlich unbeachtlich, könne aber doch für die Relevanz der Willensgefahr Beachtung finden. Aus mehreren Gründen[119], insbesondere wegen des vom Außenweltzufall abhängigen Erfolgsunwertes, der im Strafrecht einen maßgeblichen Stellenwert innehabe[120], entschließt sich Salm für die Verwendung eines Regulativs, das über

---

113) aaO., S. 33

114) aaO., S. 33

115) aaO., S. 34

116) aaO.,S. 45

117) aaO., S. 80

118) aaO., S. 79

119) aus dem Gesichtspunkt der Schicksalsfügung, aaO., S. 137, sowie dem der Gnade, aaO., S.141 ff.; schließlich sei auch die generelle Betrachtungsweise nicht die einzige des Rechts(!), aaO., S. 138

120) aaO., S. 138 f.

die Relevanz bzw. Irrelevanz der Willensgefahr entscheidet: die Unerträglichkeit des Gefährdungsbildes[121].

Somit ist nach der Ansicht Salms die Willensgefahr nur dann relevant, wenn sich ein unerträgliches Gefährdungsbild ergebe, wobei dem Kriterium der Unerträglichkeit wiederum das Ausmaß der Gütergefahr, die Stärke des Eindrucks und das Maß des Vergeltungsbedürfnisses im Lichte der Gnade zugrunde liegen[122].

Gegen diese, von Salm vorgeschlagene Lösung zur Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs sind jedoch folgende Einwände zu erheben.

Zunächst ist fraglich, ob es überhaupt eine objektive Gefährdung eines Rechtsgutes durch den Willen geben kann. Wenn Salm meint, der Wille verkörpere schon die Wertwidrigkeit, so ist diese Auffassung nur insofern zutreffend, als in der Vorstellung des Täters die Wertwidrigkeit als sein sollend enthalten und der Wille des Täters darauf gerichtet ist, durch Handlungen das Sollen in das Sein umzuwandeln, d.h. das Vorstellungsbild zu realisieren. Indessen ist es geradezu unzutreffend, von einer Verkörperung der Wertwidrigkeit im Willen des Täters zu sprechen und damit einem inneren Vorgang den Anschein des Objektiven zu geben, weil von einer Verkörperung der Wertwidrigkeit nur dann die Rede sein kann, wenn ein gegenständliches Substrat der Wertwidrigkeit tatsächlich vorhanden ist. So verkörpert denn auch im Rahmen des Totschlags - § 212 - nicht der Wille des A, den X zu töten, sondern erst der durch A herbeigeführte Tod des X die Wertwidrigkeit.

---

121) aaO., S. 151

122) aaO., S. 151

Ferner stoßen die von Salm aus der einseitigen Hervorhebung der Generalprävention gezogenen Konsequenzen auf Bedenken. Zwar ist sicherlich richtig, daß vom Gedanken der Generalprävention aus nur das Typische, Generell-Wertwidrige im Vordergrund steht, aber es ist zu fragen, ob das auch bei dem Gedanken der Spezialprävention und der Vergeltung, die m.E. nicht als zweitrangige Zwecke des Strafrechts angesehen werden können, der Fall ist. Insbesondere im Rahmen der Vergeltung, nach der das Maß der Strafe aufgrund der Schwere sowie der Auswirkungen der Tat festgesetzt wird, steht das individuell-konkrete Ergebnis der Tat im Vordergrund. Nicht zu Unrecht wird deshalb die so bemessene Strafe als "Rechtsstrafe"[123] bezeichnet. Ebensowenig dürfte m.E. zu bestreiten sein, daß dieser Gedanke zumindest einer der leitenden Gesichtspunkte des geltenden Strafrechts ist, wie schon aus der Bedeutung des Erfolges für das tatbestandliche Unrecht ersehen werden kann. Dies verkennt auch Salm nicht[124]. Er entschließt sich daher zur Verwendung eines Regulativs mit der Folge, daß auch nach seiner Auffassung nicht jede Willensgefahr relevant ist.

Es ist dann aber zu fragen, ob die Bedeutung des Erfolgsunwertes und der dahinter stehende Gedanke der Schuld im oben verstandenen Sinne[125], ferner die von Salm berücksichtigten Gesichtspunkte der Schicksalsfügung und der Gnade nicht mehr verlangen, als nur im Rahmen eines Regulativs Beachtung zu finden. Außerdem ist zu fragen, ob das Regulativ Salms - die "Unerträglichkeit des Gefährdungsbildes" - leistungsfähig ist.

---

123) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 96 f. m.w.N.
124) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 138 f.
125) s. o. S. 52 f. d.A.

Wenden wir uns der ersten Frage zu, so wird für die Antwort alles davon abhängen, ob bei Zugrundelegung des Rechtsgüterschutzes als Aufgabe des Strafrechts[126] eine Rechtsgutsgefährdung und damit strafrechtliches Unrecht schon dann vorliegt, wenn das Rechtsgut nur von einem "erfolgsnahen" Willen gefährdet wird, so daß von einer Gefährlichkeit der Handlung abgesehen werden kann. Sollte das der Fall sein, so ist Salm in der Tat zuzugestehen, daß der Außenweltzufall - auch: Erfolg - keine dem Willen zumindest gleichrangige Bedeutung für die Begründung des Unrechts haben muß. Ob er dagegen eine solche Bedeutung haben kann, wäre dann freilich eine weitere Frage.

Vorweg ist jedoch einem möglichen Mißverständnis vorzubeugen. Es muß betont werden, daß die hier aufgeworfene Frage nur wenig mit derjenigen zu tun hat, die schon im Ersten Abschnitt behandelt wurde und dahin lautete, ob vom geltenden Strafrecht aus allein personales Unrecht zur Konstituierung des Unrechts genüge. Will man zu einem materialen, für das Strafrecht maßgeblichen Rechtsgutsbegriff kommen, so kann für diesen Begriff und die daraus abzuleitenden Konsequenzen nichts mit Hilfe einer Sichtung der Deliktstatbestände des geltenden Rechts gewonnen werden. Denn sonst wäre ein Rechtsgut das, was der Gesetzgeber dazu gemacht hat[127]. Vielmehr

---

126) so selbst WELZEL, Strafrecht, S. 3 f., der jedoch den Schutz der elementaren sozialethischen Gesinnungswerte als vorrangig und den Schutz der Rechtsgüter nur als darin eingebettet ansieht. Überhaupt ist der Gedanke des Rechtsgüterschutzes als Schutzzweck des Strafrechts nahezu unumstritten. Problematisch sind dagegen der Stellenwert des Rechtsgüterschutzes, die Definition des Rechtsgutsbegriffes sowie dessen Ausprägung im einzelnen; vgl. OTTO, Rechtsgutsbegriff, S. 1 ff. m.w.N.; MARX, Zur Definition, S. 11 f.

127) ebenso MARX, Zur Definition, S. 17; vgl. auch SINA, Dogmengeschichte, S. 92

ist ein solcher Rechtsgutsbegriff von Wertungen abhängig, die im vorgesetzlichen Bereich liegen[128].

Zum Rechtsgutsbegriff geht Salm von folgender Auffassung aus. Zunächst sei das konkret-individuelle Angriffsobjekt der Ausgangspunkt für den Begriff 'Rechtsgut'[129]. Dabei dürfe man aber nicht stehen bleiben, dann dieses Angriffsobjekt sei nur sinnfälliger Ausdruck des Wertes, also Wertsubstrat[130]. Da nach Salm in Anlehnung an Gallas die Werthaftigkeit des Rechtsgutes vom Menschen fordere, sich wertentsprechend zu verhalten, dieser Verhaltensanspruch jedoch ebenso vom Rechtsgebot - der Norm - ausgehe, bestehe zwischen Rechtswert und Rechtsgebot ein unauflöslicher Zusammenhang[131]. Dieser Zusammenhang sei auch auf das Substrat zu übertragen, so daß es aus seiner Gebots- und Willensbezogenheit begriffen und zugleich als Gebotssubstrat verstanden werden müsse. Dann aber verdiene die Außenwelt rechtliche Beachtung nur als denkmögliches Produkt des menschlichen Willens[132]. So ergebe sich, daß "das Rechtsgut bereits in der gebotsentsprechenden, den Rechtswert verkörpernden Gleichrichtung des allgemeinen Willens enthalten ist" und "in einer Durchbrechung dieser Gleichrichtung durch einen wertwidrigen Willen ebensowohl eine Gutsbeeinträchtigung wie ein Geltungsschaden" liegt[133].

Zuzustimmen ist Salm, soweit er in Übereinstimmung mit allen heute vertretenen Auffassungen zum Rechtsgutsbegriff davon ausgeht, daß das Rechtsgut als

---

128) MARX, aaO., S. 17
129) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 179
130) aaO., S. 180
131) aaO., S. 182; vgl. schon aaO., S. 114
132) aaO., S. 182; vgl. schon aaO., S. 115
133) aaO., S. 183

Wert an den menschlichen Willen im Sinne der Achtung dieses Wertes appelliert - Entfaltung des Wertaspektes -. Weiterhin ist zutreffend, daß dieser Achtungsanspruch die materielle Komponente des aus dem Verbot resultierenden Gebots ist, das - formell besehen - nur besagt: "Verhalte Dich so, daß Du nicht ...!". So gesehen besteht zwischen Wertaspekt und Rechtsgebot ein unauflöslicher Zusammenhang, indem das Rechtsgebot die Hülle, der Achtungsanspruch der Inhalt ist und beide zusammen genommen an den menschlichen Willen appellieren. Fragwürdig ist Salms Auffassung jedoch, wenn er Achtungsanspruch und Gebot, die - wie aus dem Wesen des Strafrechts folgt - nur einen "status negativus" innehaben, in das positive "Schaffe und erhalte ...!" umdeutet[134]. Dagegen ist m.E. festzustellen, daß vom Achtungsanspruch bzw. Verbot der Norm nur ein Gebot des Inhalts "Achte ...!" bzw. "Erhalte....!" ausgeht und diesem Gebot sogleich und stets hinzugefügt werden muß: "indem Du nicht tötest, wegnimmst usw." Allenfalls könnte der vom Wertaspekt des Rechtsgut ausgehende Achtungsanspruch nicht nur einen solchen - konkreten - Abwehrstatus, sondern auch einen positiven Aufforderungscharakter haben und auf ein uneingeschränktes "Achte das Leben, das Eigentum usw." gerichtet sein. Jedoch kann ein gesetzliches Verbot, wie etwa das Verbot der Steuerhinterziehung, zwar generell in ein Gebot, nicht aber in ein Gebot des Inhalts: "Zahle stets Deine Steuern!" umgedeutet werden[135]. Deshalb ist die von Salm behauptete Parallelität zwischen "Rechtswert" - Wertaspekt des Rechtsguts - und "Rechtsgebot" nur begrenzt gegeben. Des weiteren übersieht Salm, daß der Wertaspekt des Rechtsguts

---

134) aaO., S. 114

135) ebenso STÖGER, Versuch, S. 36, von dem auch das Beispiel entliehen wurde.

sich nicht darin erschöpft, daß von ihm ein Achtungsanspruch an den menschlichen Willen ausgeht, sondern daß er zugleich und sogar logisch vorrangig ein statisches Moment enthält, nämlich die Bewertung eines gedachten Zustandes bzw. den Wert an sich. Allerdings ist es zutreffend, vom Wert als solchem auf den von diesem Wert ausgehenden Achtungsanspruch überzugehen, wenn man auf der Ebene des Wertaspekts den Begriff der Rechtsgutsverletzung überhaupt in den Griff bekommen will. Denn der Wert an sich kann nicht verletzt werden[136], es sei denn durch Negation seiner Eigenschaft als Wert und dies auch nur seitens der Gesellschaft, nicht aber eines einzelnen.

Entscheidende Bedenken setzen jedoch gegenüber der Behauptung Salms ein, auch das Wertsubstrat - der Seinsaspekt des Rechtsguts - müsse allein in seiner Gebots- und Willensbezogenheit begriffen werden, so daß das Außenweltgeschehen rechtliche Beachtung nur als denkmögliches Produkt des menschlichen Willens verdiene. Hier wird offenbar, daß Salm auch auf der Ebene des Seinsaspektes nur den Wertaspekt des Rechtsguts entfaltet und daher einseitig bleiben muß [137]. Die Bedenken werden um so größer, wenn man sich Salms Schlußfolgerung vor Augen hält, nach der "das Rechtsgut bereits in der gebotsentsprechenden, den Rechtswert verkörpernden Gleichrichtung des allgemeinen Willens enthalten ist"[138]. Damit erreicht Salm eine Definition von kaum noch zu überbietender Abstraktionshöhe, derzufolge es nur noch ein Rechtsgut - die Gleichrichtung des allgemeinen Willens - gibt und der jegliche inhaltliche Aussage fehlt. Denn: Was ist der "allgemeine Wille"?

---

136) so auch LAMPE, Das personale Unrecht, S. 100

137) ebenso SINA, Dogmengeschichte, S. 102

138) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 183

Inwiefern verkörpert die "Gleichrichtung" dieses Willens den Rechtswert? Was bleibt dann noch als Rechtswert außer einer Gleichrichtung? Liegt das Rechtsgut stets in der Verwirklichung des Gebotsentsprechenden? Ist Rechtsgut dann alles das, was der Gesetzgeber - der "allgemeine Wille"(?)- dazu macht?

Allerdings ist nunmehr nicht zu verkennen, daß in der vorliegenden Erörterung ein Punkt erreicht ist, an dem eine Auffassung weder falsifizierbar noch verifizierbar ist. Wie schon angedeutet, handelt es sich bei der Frage nach Begriff und Wesen des Rechtsguts um eine Grundfrage im vorgesetzlichen Bereich. Es ist deshalb unvermeidlich, daß bei einer solchen Grundfrage im Rahmen einer "praktischen Wissenschaft"[139] von bestimmten Wertungen ausgegangen werden muß, die als solche nicht zwingend zu begründen bzw. zu widerlegen sind, sondern nur - was dann jedoch zu fordern ist - rational nachprüfbar sein müssen[140]. So erweist sich auch Salms Definition des Rechtsgutsbegriffs als Ausdruck einer Grundauffassung, die schlaglichtartig dort deutlich wird, wo er meint, daß "unser Zeitalter den Schul- und Zuchtmeister eines generalpräventiven Subjektivismus nötig" habe[141]. Geht man davon aus, so ist es nur folgerichtig, die Willensgefahr in den Vordergrund zu rücken, hingegen das individuell-konkrete Außenweltgeschehen beiseite zu lassen und eine Rechtsgutsbeeinträchtigung schon dann anzunehmen, wenn der dem Gebot entsprechende allgemeine Wille durchbrochen wird.

---

139) WELZEL, Strafrecht, S. 1

140) MARX, Zur Definition, S. 18 und - besonders deutlich - S. 26

141) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 161

Jedoch hat diese Auffassung untragbare Konsequenzen. Zwar erkennt Salm, daß der Begriff 'Rechtsgut' einen Bezug zum Leben des Menschen aufweist[142], aber dieser Beziehungscharakter des Rechtsguts, der bei Berücksichtigung der Dogmengeschichte als tragender Gesichtspunkt angesehen werden muß [143], äußert sich bei Salm nur in der Verbindung des Rechtsguts mit dem allgemeinen Willen bzw. dem Gebot[144]. Über die Fragen, ob das Gebot überhaupt berechtigt ist, welcher materiale Kern gegeben sein muß, damit die Existenz eines Gebots bzw. eines freiheitsbeschränkenden Verbots gerechtfertigt werden kann, was also außer der Gebotswidrigkeit als solcher das Unrecht begründet, erfahren wir bei Salm nichts. So wird infolge der formalen Definition des Rechtsgutsbegriffs als "Gleichrichtung des allgemeinen Willens auf das Wert- und Gebotsentsprechende"[145] der Rechtsgutsbegriff seiner freiheitlich-liberalen Tradition[146] entfremdet, zur inhaltslosen Abstraktion, die beliebig ausgefüllt werden kann und die jedem Mißbrauch offen steht, wie insbesondere die jüngste Geschichte gelehrt hat.[147] Ein solcher Begriff ist dann aber zu einer materialen Bestimmung des Rechtsgutsbegriffs, der einen strafrechtlichen Zentralbegriff darstellt, unbrauchbar; er ist nicht in der Lage, einen für alle Delikte maßgeblichen materiellen Unrechtskern festzulegen. Schließlich befindet sich

---

142) aaO., S. 182

143) so SINA, Dogmengeschichte, S. 98 ff.

144) ebenso SINA, Dogmengeschichte, S. 102

145) SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 183

146) SINA, Dogmengeschichte, S. 9 ff.; vgl. auch RUDOLPHI, Festschrift für Honig, S. 154 ff.

147) vgl. SINA, Dogmengeschichte, S. 70 ff.

die hinter einer solchen Definition des Begriffs "Rechtsgut" stehende Auffassung von der Aufgabe des Strafrechts als "Schul- und Zuchtmeister" nicht in Übereinstimmung mit leitenden Prinzipien unserer Verfassung[148].

Nach allem kann Salm nur darin gefolgt werden, daß der Versuch allein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung strafrechtlich erhebliches Unrecht darstellt. Dagegen kann Salm nicht darin zugestimmt werden, daß schon eine unerträgliche Willensgefahr zur Konstituierung des Unrechts genügt.

Auch die Antwort auf die zweite der o.g. Fragen, die dahin lautete, ob das Regulativ Salms - die Unerträglichkeit des Gefährdungsbildes - leistungsfähig ist, kann nicht befriedigen. Zwar macht dieses Kriterium zutreffend deutlich, daß die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs weitgehend von Überlegungen der Strafwürdigkeit beeinfluß wird. Auch die von Salm für die "Unerträglichkeit des Gefährdungsbildes" herangezogenen Gesichtspunkte Gütergefahr, Eindrucksmoment und Vergeltungsbedürfnis im Lichte der Gnade[149] zielen im Rahmen

---

148) siehe dazu oben S. 53 ff. d.A.

149) Unter dem Begriff "Gnade" versteht SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 141 ff., die Selbstbescheidung des Rechts im Sinne einer Vermeidung eines seelenlos-mechanischen Regelstrafrechts, das für Ausnahmen keinen Raum läßt, und damit eine Selbstbescheidung im Sinne einer höheren Gerechtigkeit. Die Rechtspflege könne nur dann einen Annäherungswert an die Gerechtigkeit erreichen, wenn sie von der Gerechtigkeit Gottes, die Gericht und Gnade vereine, lerne und im Einzelfall den Strafanspruch nicht durchsetze. Salm denkt hier insbesondere an solche Fälle wie den des Weichenstellers, der irrtümlich entgegen seiner bösen Absicht die Weiche richtig stellt und damit anderen das Leben rettet.

der Strafwürdigkeit auf das oft entscheidende[150] Moment der Normalität[151] des Versuchs ab. Aber das Kriterium der Unerträglichkeit des Gefährdungsbildes bleibt zu vage, um damit im einzelnen arbeiten zu können. Ob eine Gefährdung im Sinne Salms unerträglich ist, ist letzten Endes rational nicht nachprüfbar. Das gilt zumal dann, wenn die mit diesem Kriterium beabsichtigte Abgrenzung zum abergläubischen bzw. irrealen Versuch[152] sich auch keiner zusätzlichen Momente bedienen kann, die als Hilfsgesichtspunkte brauchbar wären[153].

Fünfter Abschnitt

Die Gefährlichkeit des Täters als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

Im Gegensatz zu Salm gehen Lange[154] und Stöger[155] davon aus, daß ein Versuch prinzipiell nur strafbar sei, wenn die Ausführungshandlung eine Rechtsgutsgefährdung darstelle. Sie meinen jedoch, daß dann jeder untaugliche Versuch straflos sei, und begnügen sich deshalb mit der Gefährlichkeit des Täters für das mit einem untauglichen Versuch angegriffene Rechtsgut[156]. Dabei sei nicht auf die momentane, d.h. zur Zeit des untauglichen Versuchs

---

150) Entscheidend insofern, als die meisten Stellungnahmen zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs sich um eine Abgrenzung "noch normal untauglich" und "unnormal untauglich" bemühen.
151) so besonders deutlich RALLIS, ZStW 61, 54
152) Das wird erkennbar anhand der von SALM erzielten Ergebnisse, insbes. im sog."Kölner Fall"; vgl. Das versuchte Verbrechen, S. 157 ff.
153) s.o. S. 23 ff. d.A.
154) KOHLRAUSCH-LANGE, StGB, Vorbem.III 3 vor § 43
155) STÖGER, Versuch, S. 47 ff.; ähnlich SAUER, Strafrechtslehre, S. 97 ff.
156) KOHLRAUSCH-LANGE, aaO.; STÖGER, aaO., insbes. S. 53 ff. und S. 62 ff.; SAUER, aaO., S. 109

vorliegende Gefährlichkeit des Täters abzustellen, sondern darauf, ob der Täter in diesem Zeitpunkt dazu disponiert war, alsbald zu einem neuen und dann für dieses Rechtsgut gefährlichen Versuch anzusetzen[157]. Kriterium für eine solche Disponiertheit solle sein, daß der Täter physisch und rechtlich in der Lage sei, "als Täter in Zukunft das versuchte Delikt mit besserem Erfolg zu wiederholen"[158]. Ganz deutlich führt Stöger aus: "Weil er demnächst erfolgreich sein könnte, wird der verbrecherische Wille bestraft, und nicht, weil er sich hier und jetzt als feindlich erwiesen hat"[159]. Die Gefahr für das Rechtsgut sei damit eine abstrakte[160]. Wer das nicht anerkennen könne, so meint Stöger, müsse auch die abstrakten Gefährdungsdelikte aus dem Strafrecht verbannen[161].

Jedoch erweist sich schon das letztgenannte Argument als nicht stichhaltig. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten begegnet uns ein fest umschriebenes Verhalten, das seiner generellen Erscheinung nach, d.h. objektiv typisch, die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung nahelegt. Dieses Verhalten hat - wie die Erfahrung lehrt - die Tendenz, unmittelbar in eine konkrete Rechtsgutsgefährdung und weiter in eine Rechtsgutsverletzung umzuschlagen. Demgegenüber handelt es sich bei der hier erörterten Auffassung um die Gefährlichkeit des Täters, die weder fest umrissen noch objektiv typisch für die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung ist. Eine Vergleichbarkeit mit den abstrakten Gefährdungsdelikten ist deshalb nicht gegeben.

---

157) STÖGER, aaO., S. 64
158) STÖGER, aaO., S. 66
159) STÖGER, aaO., S. 68
160) STÖGER, aaO., S. 66 ff.
161) STÖGER, aaO., S. 68

Ferner steht der Beweis dafür aus, daß der Täter eines untauglichen Versuchs alsbald einen neuen, tauglichen Versuch ausführen werde. Solange dieser Nachweis nicht geführt ist, muß dieser Auffassung mit Bockelmann [162] entgegengehalten werden, daß sie Verdachtsstrafen in Kauf nimmt. Wenn Stöger dagegen meint, dieser Einwand sei zu peripher (!), um an der Richtigkeit seiner Meinung Zweifel zu erwecken[163], so spricht das für sich selbst. Zugleich wird damit deutlich, daß diese Auffassung den Boden des Tatstrafrechts bereits verlassen[164] und sich auf das Feld der Vermutung begeben hat[165].

Somit kann auch diese Auffassung nicht als brauchbare Begründung für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs angesehen werden.

Sechster Abschnitt

Die Rechtsgutsgefährdung als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit

In den vorangegangenen Abschnitten ist herausgearbeitet worden, daß die bisher behandelten Auffassungen eine stichhaltige Begründung für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht zu geben vermögen. Es bleibt demnach die Frage, unter welchem Ge-

---

162) BOCKELMANN, Studien, S. 71 f.

163) STÖGER, Versuch, S. 65

164) ebenso SPENDEL, NJW 1965, 1884 f.; GALLAS, in: Niederschriften, S. 195; SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 95 (Anm. 81) und S. 133

165) ähnlich SPENDEL, Festschrift für Rittler, S.44 f., der davon spricht, daß diese Auffassung "Gesinnungsschnüffelei" und polizeistaatliche Tendenzen begünstige.

sichtspunkt der untaugliche Versuch überhaupt strafbares Unrecht darstellen kann. M.a.W.: Was ist - zulässig - der innere Grund der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs?

Um die Antwort vorwegzunehmen: Der innere Grund der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs kann nur das Moment der Rechtsgutsgefährdung sein. Der untaugliche Versuch ist demnach nur, aber auch stets dann rechtswidrig und strafbar, wenn in ihm eine Rechtsgutsgefährdung zum Ausdruck kommt.

Voraussetzung für diese Feststellung ist jedoch, daß strafrechtlich erhebliches Unrecht nur das sein kann, was eine - noch zu charakterisierende - Rechtsgutsbeeinträchtigung darstellt, weil - wie bereits bei der Auseinandersetzung mit Welzel deutlich geworden ist[166] - das dem Strafrecht vorgeordnete Grundgesetz dem StGB allein die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes zuweist[167]. Das wiederum ergibt sich insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art.1 GG, nach denen grundsätzlich jeder Mensch im Geltungsbereich des GG das unveräußerliche Recht hat, seine Individualität in freier Selbstbestimmung zu entfalten und damit zunächst zu tun und zu lassen was er will. Geschützt sind demnach gemäß Art. 2 Abs.1 GG alle Formen der Entfaltung der Persönlichkeit, während durch die nachfolgenden Grundrechte eine Anzahl spezifischer Ausformungen der persönlichen Entfaltung noch besonders garantiert wird. Da der Mensch jedoch zu seiner Entfaltung auf das Leben, die Körperintegrität, das Vermögen, eine gesicherte gesellschaftliche Ordnung usw. angewiesen ist, müssen diese Güter notwendig vom Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG

166) s.o. S. 53 ff. d.A.

167) ebenso MARX, Zur Definition, S. 25 ff. m.w.N.; RUDOLPHI, Festschrift für Honig, S. 158 m.w.N.

umfaßt sein [168]. Unter dem Blickwinkel des Art. 2 Abs. 1 GG kann das Strafrecht als einschneidendste Beschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit erst dort ansetzen, wo der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG endet. Das wiederum ist, da jedem dasselbe Recht verbürgt ist, dort, wo der einzelne seine Freiheit zulasten der anderen mißbraucht. Das Strafrecht kann demnach nur darauf gerichtet sein, eine "Robinsonfreiheit" zu verhindern und dadurch die Entfaltung der Persönlichkeit jedes Menschen zu ermöglichen und zu sichern, also nur dasjenige Verhalten verbieten und als Unrecht erklären, was den Kernbereich der freien Selbstbestimmung anderer berührt, indem es Rechtsgüter, die den anderen zugeordnet sind, beeinträchtigt.

Jedoch ist es mit der Definition des Unrechts als Rechtsgutsbeeinträchtigung, aus der die Definition des Unrechts des Versuchs als Rechtsgutsgefährdung folgt, nicht getan. Denn wie bereits bei der Auseinandersetzung mit Salm deutlich wurde[169], kommt es für die Frage des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer Rechtsgutsgefährdung entscheidend darauf an, was wir unter einem Rechtsgut zu verstehen haben und wie oder wodurch eigentlich ein solches Rechtsgut beeinträchtigt und damit auch gefährdet werden kann.

Soeben[170] haben wir als Rechtsgüter beispielsweise das Leben, die Körperintegrität usw. bezeichnet und haben darauf hingewiesen, daß diese Güter[171] eine

---

168) Diese Güter können daher - weil unter dem Schutz des Rechts gestellt - als Rechtsgüter bezeichnet werden; vgl. auch MARX, Zur Definition, S.62

169) s.o. S. 85 ff. d.A.

170) S. 94 d.A.

171) Diese Güter werden auch als "Gegenstände" oder "Objekte" bezeichnet; vgl. einerseits MARX, Zur Definition, S.9 und passim, andererseits OTTO, Rechtsgutsbegriff, S. 5 f.

Beziehung zum Menschen insofern haben, als in und mit ihnen die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Menschen erst möglich ist, Ebenso könnte aber auch die Beziehung zwischen Mensch und Gut, also die Funktion selbst, als Rechtsgut aufgefaßt werden[172]. Diese zweite Möglichkeit hätte den Vorteil, daß der direkte Bezug zur Aufgabe des Strafrechts - Schutz der freien Selbstverwirklichung des Menschen - noch stärker anklänge. Andererseits könnte diese Definition des Rechtsguts sich jedoch leicht im Begrifflichen verlieren und dahingehend mißverstanden werden, daß es dann nur noch ein Rechtsgut gäbe, nämlich die Beziehung als solche[173]. Beide Möglichkeiten der Definition des Rechtsgutsbegriffs meinen jedoch dasselbe und können gleichgesetzt werden, wenn man sich nur dessen bewußt ist, daß die o.g., der Selbstverwirklichung des Menschen dienenden Güter wie Leben, Körperintegrität, Vermögen, Eigentum usw. funktionale Begriffe sind. So ist das Gut "Eigentum" kein aus sich heraus verständlicher Begriff, sondern die Beziehung für eine bestimmte Funktion zwischen einem Menschen und einer Sache, nämlich die umfassende Herrschaftsmacht des Menschen über die Sache[174]. Ebenso kennzeichnet das Gut "Vermögen", bedenkt man seine ganze Tragweite, die Funktion, daß der Inhaber materieller oder kommerzialisierbarer Werte

---

172) so SINA, Dogmengeschichte, S. 102; RUDOLPHI, Festschrift für Honig, S. 164; OTTO, Rechtsgutsbegriff, S. 6 unter Bezugnahme auf SINA, wobei Otto jedoch übersieht, daß Sina mit seinen Ausführungen allein den Seinsaspekt des Rechtsguts trifft. Ferner mißversteht Otto auch Rudolphi, wenn er jenem zuschreibt, daß Rudolphi als Rechtsgut das Objekt selbst ansehe; vgl. OTTO, aaO., S. 3

173) vgl. MARX, Zur Definition, S. 67

174) MARX, Zur Definition, S. 64

mit diesen Werten einen Teil seiner Wünsche zu realisieren "vermag" und diese Werte gegebenenfalls die wirtschaftliche Lebensgrundlage sichern. Schließlich liegt auch dem Gut "Körperintegrität" eine Funktion zugrunde, nämlich die Möglichkeit einer Person, alle Körperkräfte und Organe im Rahmen des dem Menschen überhaupt nur Möglichen uneingeschränkt einsetzen zu können[175]. Sofern man diesen Beziehungscharakter vergegenwärtigt, ist unter einem Rechtsgut jedes Gut zu verstehen, das dem Menschen zur Selbstverwirklichung dient und deshalb von der Rechtsgemeinschaft als werthaft anerkannt ist. Güter in diesem Sinne sind dann nicht körperliche Objekte oder Objekte aus einem "großen Lehrsaal der Physik"[176], sondern normative Begriffe, die allein aus ihrer Funktion heraus erschöpfend verständlich sind bzw. deren Sinn allein in ihrer Funktion liegt. Hierunter fallen individuelle Güter wie das Leben, aber auch überindividuelle[177] wie die Rechtspflege; es fallen ferner darunter Güter wie die Körperintegrität oder das Leben, die sich im Sinnfällig-Äußeren widerspiegeln können, aber auch solche, zu denen sich eine sinnfällige Verkörperung nur schwer oder überhaupt nicht finden läßt, wie es etwa bei der Rechtspflege oder bei der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der Fall ist.

Auch wenn m.E. mit dieser Definition des Rechtsgutsbegriffs im Gegensatz insbesondere zur Salm'schen Definition "Gleichrichtung des allgemeinen Willens"

---

175) vgl. auch SCHMIDHÄUSER, Festschrift für Engisch, S. 443

176) H.MAYER, zitiert nach SINA, Dogmengeschichte, S. 95

177) dieser Begriff findet sich bei MARX, Zur Definition, S. 79 ff.

die an einen solchen Zentralbegriff des Strafrechts zu stellende Anforderung, Maßstab für den Gesetzgeber bei der Schaffung von Deliktstatbeständen zu sein, erfüllt ist, bleibt die für die Feststellung des Unrechts entscheidende Frage, wie der Begriff der Rechtsgutsbeeinträchtigung zu definieren ist.

Unter dem Gesichtspunkt des soeben dargelegten Rechtsgutsbegriffes bietet sich als Definition der Rechtsgutsbeeinträchtigung zunächst die Beeinträchtigung des jeweiligen Gutes an. Geht man hierbei jedoch von dem Leben, dem Eigentum oder auch - mit Rudolphi [178] - von der Funktion des Lebens, des Eigentums usw. aus, so ergibt sich, daß von einer Möglichkeit der Beeinträchtigung dieser Funktionen nicht die Rede sein kann, weil es sich um absolute Begriffe handelt, die als solche nicht berührt werden können. Dasselbe gilt, wenn man einen Schritt weiter geht und diese Funktionen bewertet. Auch der Wert als solcher, der einer Funktion dann zukommt, kann als absolute Größe nicht angetastet werden. Erst wenn man davon ausgeht, daß jedem Wert und damit jeder als werthaft erkannten Funktion eine Sollensbeziehung zum Menschen insofern immanent ist [179], als jeder Mensch diesen Wert zu achten hat, könnte man als Rechtsgutsbeeinträchtigung eine Nichtachtung der Werthaftigkeit einer Funktion ansehen. Da sich dieser Achtungsanspruch wiederum an den Willen des Menschen richtet, wäre deshalb allein mit einer Nichtachtung durch den Willen, also durch ein Willensverhalten, ein Rechtsgut beeinträchtigt[180]. Bei diesem Vorgehen wird jedoch deutlich, daß sich der Schwerpunkt der Betrachtung von der Funktion

---

178) RUDOLPHI, Festschrift für Honig, S. 164; aaO. verwendet Rudolphi auch den Begriff "Funktionseinheit".

179) vgl. SINA, Dogmengeschichte, S. 102

180) so z.B. SCHMIDHÄUSER, Festschrift für Engisch, S. 445

auf die Werthaftigkeit der Funktion und weiter auf die in dieser Werthaftigkeit eingeschlossene Sollensanforderung verlagert hat. So wird auf diese Weise nur der Wertaspekt des Rechtsgutsbegriffes dargelegt, so daß genau genommen bei einer Verletzung des vom Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruches nicht von einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern lediglich von einer Beeinträchtigung seines Wertaspekts gesprochen werden kann.

Zu einer Definition des Begriffes "Rechtsgutsbeeinträchtigung" im umfassenden Sinne könnte man jedoch gelangen, wenn sich nachweisen ließe, daß der Begriff "Rechtsgut" und der Begriff "Rechtsgutsbeeinträchtigung" auf zwei verschiedenen Begriffsebenen liegen oder aber der Begriff "Rechtsgut" mehr umfaßt, als bei seiner o.a. Definition angesprochen wurde.

Die Lösung wird durch die Frage ermöglicht, wie das Strafrecht den Rechtsgüterschutz wahrnimmt und auch nur wahrnehmen kann. Zunächst schützt das Strafrecht die Rechtsgüter nur gegen die typischsten, häufigsten und greifbarsten Beeinträchtigungen. In diesem Rahmen wird jedes Rechtsgut einmal dadurch geschützt, daß eine bestimmte Strafrechtsnorm seine, in abstrakter Form beschriebene Beeinträchtigung durch Androhen einer Sanktion verbietet. Zum anderen wird der Schutz dadurch geleistet, daß jeder konkreten Handlung, die dem in abstrakter Form beschriebenen Verhalten entspricht, die Strafsanktion folgt. Zusammengefaßt gewährleistet das Strafrecht den Schutz der Rechtsgüter wie etwa <u>das</u> Leben, <u>das</u> Eigentum, <u>die</u> Rechtspflege usw., indem es die Beeinträchtigung <u>eines</u> Lebens, <u>einer</u> Sachherrschaftsbeziehung, <u>eines</u> Aktes der Rechtspflege verbietet und

das Antasten eines bestimmten Lebens, einer bestimmten Sachherrschaftsbeziehung, eines bestimmten Aktes der Rechtspflege mit Strafe belegt. Das spiegelt sich in drei verschiedenen begrifflichen Ebenen wider. So erscheint das Rechtsgut, z.B. das Leben, als höchste Abstraktion. Eine Stufe darunter folgt das an die Werthaftigkeit des Rechtsguts anknüpfende Verbot, das zwar auch noch einen hohen Abstraktionsgrad aufweist, aber schon konkreter wird, indem es gebietet: "Vernichte nicht das Leben eines anderen Menschen!". Auf einer noch konkreteren Begriffsebene liegt schließlich der Strafausspruch, der besagt: "Du hast das Leben eines ganz bestimmten Menschen, nämlich des X, vernichtet". Damit wird deutlich, daß der Begriff "Rechtsgutsbeeinträchtigung" eine geringere Abstraktionshöhe aufweist und aufweisen muß als der Begriff "Rechtsgut" im oben ausgeführten Sinne.

Es ergibt sich dann jedoch als nächste Frage, ob es wegen der soeben aufgezeigten, unterschiedlichen Abstraktionshöhe der Begriffe "Rechtsgut" und "Rechtsgutsbeeinträchtigung" noch zulässig ist, z.B. im Falle der Beeinträchtigung des Lebens eines ganz bestimmten Menschen - des X -, von einer Rechtsgutsbeeinträchtigung zu sprechen, oder ob es nicht besser wäre, diesen Vorgang als Beeinträchtigung eines (Rechtsguts-) Substrats [181] zu bezeichnen. Bleibt man bei der oben gegebenen Definition des Rechtsgutsbegriffes, so wäre die letztere Möglichkeit vorzuziehen und der Begriff "Rechtsgutsbeeinträchtigung" durch den Begriff "Substratsbeeinträchtigung" zu ersetzen. In diesem Falle müßte aufgrund

181) vgl. SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 113 ff. und 179 ff.; MARX, Zur Definition, S. 67 ff. verwendet dafür den Begriff "Verletzungsobjekt".

der zuvor dargelegten, dem Strafrecht allein möglichen Art und Weise des Rechtsgüterschutzes allerdings anerkannt werden, daß jedem Rechtsgut - z.B. das Leben - eine Fülle von Substraten - Leben des A, B, C usw. - korrespondiert.

Es ist jedoch auch ein anderes Vorgehen denkbar. Wenn es m.E. auch nicht sachlogisch notwendig ist, so ließe sich anführen, daß der Rechtsgutsbegriff komplexer Natur ist und bereits - neben der Werthaftigkeit des Gutes - einen Seinsaspekt besitzt, d.h. begrifflich das jeweils infrage stehende konkrete Substrat in sich aufnimmt. Der Begriff "Rechtsgut" hätte dann einen Wert- und einen Seinsaspekt. So hätte z.B. das Gut "Eigentum" einen ihm zuerkannten Wert wie auch sein Gegenstück im Sein, etwa in der umfassenden Sachherrschaftsbeziehung des X an einem bestimmten Bild. Da sich der Begriff "Rechtsgutsbeeinträchtigung" und - noch mehr - die daraus abgeleiteten Begriffe "Rechtsgutsverletzung" und "Rechtsgutsgefährdung" durchgesetzt haben und die Dogmengeschichte des Rechtsgutsbegriffes erkennen läßt, daß die Bemühungen um seine Definition stets auch darauf gerichtet waren, die Seinsseite des Rechtsguts zu erkennen [182], soll hier mangels eines schwerwiegenden Einwandes die Kontinuität nicht unterbrochen, somit im folgenden von einem komplexen Rechtsgutsbegriff ausgegangen werden.

Der Begriff "Rechtsgut" setzt sich demnach aus einer abstrakten werthaften Funktion sowie einer dementsprechenden konkreten Funktion - oben als "Substrat" bezeichnet - zusammen. Verdeutlicht am Rechtsgut "Eigentum" ist die abstrakte werthafte Funktion die von der Gesellschaft als elementaren Wert für die Selbstverwirklichung des Menschen anerkannte

---

182) SINA, Dogmengeschichte, S. 93

umfassende Sachherrschaft des Menschen über Sachen schlechthin. Unter der entsprechenden konkreten Funktion ist dann die jeweils infrage stehende umfassende Sachherrschaft eines bestimmten Menschen über eine bestimmte Sache, also z.B. die Sachherrschaft des X über van Gogh's "Kartoffelesser" zu verstehen. Verkürzt ließe sich demzufolge sagen: Rechtgut ist sowohl die abstrakte als auch die konkrete Funktion des jeweiligen Gutes. Das Rechtsgut ist somit zwar ein "geistiges Phänomen"[183], aber im Sinne der hier vorgeschlagenen Definition ein faßbares. Als Rechtsgutsbeeinträchtigung ist dann auf der Wertebene eine Nichtachtung der Werthaftigkeit der abstrakten Funktion, also ein Willensverhalten, und auf der Seinsebene eine tatsächliche Beeinträchtigung der konkreten Funktion, also - abgesehen von den im Ersten Abschnitt erörterten Ausnahmen - ein Außenweltverhalten, anzusehen[184], da anders eine solche Beeinträchtigung nicht begriffen werden kann. Sie äußert sich darin, daß der Täter eine schädliche Wirkung ausübt oder sein Verhalten objektiv darauf abzielt, so daß eine Störung der jeweiligen Funktion in ihrer konkreten Gestalt die Folge ist oder sein kann[185]. Wird z.B. durch einen Schlag auf die Hand eines anderen Menschen dessen Zeigefinder gebrochen, so stellt das eine Störung der Funktion "Körperintegrität" dieses Menschen dar, weil das Opfer dann seinen Körper nicht mehr in vollem Umfang gebrauchen kann bzw. - mit den Worten Marx' - seinen Körper nicht völlig zur Verfügung hat[186]. So wäre weiter der Gebrauch

---

183) so SCHMIDHÄUSER, Festschrift f.Engisch, S.444

184) ebenso MARX, Zur Definition, S. 69

185) vgl. auch MAIWALD, Festschrift für Maurach, S. 11 m.w.N. in Anm. 7 und 8, der ebenfalls davon ausgeht, daß eine Rechtsgutsverletzung nur durch eine konkrete Beeinträchtigung durch die Handlung des Täters erfolgen kann.

186) MARX, Zur Definition, S. 68

einer falschen Urkunde im Prozeß mit der Folge eines objektiv falschen Urteils eine Beeinträchtigung des Rechtsguts "Rechtspflege", da in diesem Falle eine - der Rechtspflege zugewiesene - objektive Streitentscheidung vereitelt worden ist. An diesen Beispielen wird deutlich, daß weder die konkrete Funktion des Rechtsgutsbegriffes [187] ein naturalistischer Abklatsch der abstrakten Funktion des Rechtsgutsbegriffes[188] noch die dargelegte Rechtsgutsbeeinträchtigung das Produkt eines blindmechanistischen Kausalverlaufes ist[189].

Nach alledem ist festzuhalten, daß Unrecht nur dort besteht, wo das Verhalten des Täters die konkrete Funktion des jeweils angegriffenen Rechtsgutes im Rahmen eines Deliktstatbestandes beeinträchtigt. Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit des Versuchs ist demnach die im Verhalten des Täters zum Ausdruck kommende Gefährdung der konkreten Funktion des jeweils angegriffenen Rechtsgutes im Rahmen eines Deliktstatbestandes des StGB.

Damit ist auch der weitere Gang der Untersuchung vorgezeichnet. Es gilt nunmehr, das Merkmal einer solchen Gefährdung näher zu betrachten und Kriterien dafür zu finden, unter welchen Umständen eine Gefährdung der konkreten Funktion des jeweils angegriffenen Rechtsgutes vorliegt.

---

187) auch Substrat oder Seinsaspekt des Rechtsguts genannt.

188) auch Wertaspekt des Rechtsguts genannt.

189) so aber dem Sinne nach SALM, Das versuchte Verbrechen, S. 182, gegenüber der Berücksichtigung des konkreten Außenweltgeschehens.

D R I T T E R T E I L

Grundlagen für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung

Erster Abschnitt

Rechtsgutsgefährdung und Deliktstatbestand

Nach den Ausführungen im 6.Abschnitt des 2.Teils ist der Versuch strafbar, weil und soweit in ihm eine Rechtsgutsgefährdung zum Ausdruck kommt. So wichtig dieses Kriterium grundsätzlicher Art für die Begründung des Unrechts eines Versuchs auch ist, so verfehlt wäre jedoch, allein dieses Kriterium der Begründung der Strafbarkeit zugrundezulegen. Denn dabei würde übersehen, daß der Versuch kein selbständiger Straftatbestand, sondern nichts anderes als ein Strafausdehnungsgrund des jeweiligen Deliktstatbestandes und infolgedessen von diesem abhängig ist [1]. Maßgebend für die Strafbarkeit des Versuchs ist deshalb auch, wie der jeweils infrage kommende Deliktstatbestand ausgestaltet ist, insbesondere inwieweit mit der Vollendung eines Deliktstatbestandes eine materielle Rechtsgutsverletzung einhergeht[2]. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß es oft nicht dogmatische, sondern nüchtern-praktische und kriminalpolitische Überlegungen waren, die den Ausschlag dafür gaben,

---

1) siehe dazu auch Reinhard v.HIPPEL, Rücktritt, S. 1 und passim

2) vgl. MAURACH, AT, S. 488 und 495

daß ein bestimmter Deliktstatbestand so und nicht anders gefaßt wurde. Des weiteren ist anzumerken, daß nach den Ausführungen im 6.Abschnitt des 2.Teils dieser Arbeit der Gesetzgeber zwar gehalten ist, nur solche Deliktstatbestände zu schaffen, die dem Schutz von als werthaft anerkannten Rechtsgütern dienen, er aber im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach freiem Ermessen darüber entscheiden kann, wie ein solcher Deliktstatbestand am zweckmäßigsten zu gestalten ist[3].

Ohne hier in schwierige Fragen des Besonderen Teils des StGB eindringen zu wollen, fällt bei oberflächlicher Betrachtung der Deliktstatbestände bereits auf, daß sie - mit Ausnahme der sog. Unternehmensdelikte - vom Gesetzgeber als vollendete ausgestaltet worden sind. Ferner ist ersichtlich, daß bei bestimmten Deliktstatbeständen - wie etwa § 212 - die Vollendung des Deliktstatbestandes mit einer Rechtsgutsverletzung zusammenfällt, während bei anderen Deliktstatbeständen - insbesondere den konkreten Gefährdungsdelikten - der Tatbestand schon dann vollendet ist, wenn das dort geschützte Rechtsgut[4] materiell erst gefährdet ist.

Daraus ergibt sich bereits, daß die Rechtsgutsgefährdung nicht undifferenziert als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit des Versuchs dienen kann. Denn anderenfalls ergäbe sich die absurde Folgerung,

---

3) vgl. v.HIPPEL, Strafrecht, S. 405

4) Wenn hier wie auch im nachfolgenden Text der Begriff "Rechtsgut" verwendet wird, so sind dabei stets die Ausführungen S. 93 ff. d.A. zugrundezulegen. Der Begriff "Rechtsgut" ist somit nur eine Verkürzung dessen, was wir oben als "konkrete Funktion des Rechtsguts auf der Seinsebene" bezeichnet haben.

daß im Rahmen der Gefährdungsdelikte bei Vorliegen einer nach ein und denselben Kriterien bestimmten Rechtsgutsgefährdung sowohl Vollendung als auch Versuch gegeben wäre. Vielmehr wird offenbar, daß jeder Versuch mit einer objektiv auf die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes hinzielenden Tendenz zwar eine Rechtsgutsgefährdung darstellt, der zureichende Grad dieser Gefährdung aber je nach der Ausgestaltung des betroffenen Deliktstatbestandes differieren muß. Danach ergeben sich allerdings für die Bestimmung der Gefährlichkeit des Versuchs zwei Möglichkeiten. Zunächst wäre denkbar, die Deliktstatbestände in Gruppen einzuteilen und für jede dieser Gruppen den zureichenden Grad der dem Versuch innewohnenden Tendenz zur Rechtsgutsverletzung zu bestimmen. Da jedoch der Versuch als der Versuch, als einheitliche Verwirklichungsstufe von Delikten, vor die "Klammer" des Besonderen Teils des StGB gezogen wurde und auch nach künftigem Recht gezogen wird, erscheint es naheliegender, die Bestimmung des dem Versuch innewohnenden Gefahrmoments einheitlich vorzunehmen. Die Konsequenz ist dann, daß in diesem Falle nicht auf die Rechtsgutsgefährdung abgestellt werden darf, sondern der Versuch auf die "Gefahr der Verwirklichung des konkreten Deliktstatbestandes"[5] bezogen werden muß.

---

5) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 405

Zweiter Abschnitt

Struktur und Begriff des Versuchs

Sieht man einmal von der gesetzessystematisch bedingten Bezogenheit des Versuchs auf die Ausgestaltung des Deliktstatbestandes ab und betrachtet den Versuch allein unter dem Gesichtspunkt der Verwirklichungsstufen des Verbrechens, so ergeben sich unterschiedliche Strukturen zwischen Versuch und Vollendung. Beim vollendeten Delikt liegt es in der Natur der Sache, daß das der abstrakten Deliktsbeschreibung entsprechende konkrete Geschehen sich in der Vergangenheit ereignet hat. Die Vollendung hat als solche keine Zukunft mehr, sondern hat bis zur Gegenwart ihren, den Intentionen des Täters entsprechenden Abschluß gefunden oder - nunmehr bezogen auf die Intentionen des Täters - zumindest zu einem Zwischenziel geführt. Unter dem Gesichtspunkt der Vollendung kann demnach im Nachhinein festgestellt werden, daß der Täter einen bestimmten Erfolg verursacht bzw. eine bestimmte Tätigkeit oder Untätigkeit entfaltet hat. Wenn auch bei einigen Delikten eine überschießende Innentendenz, also eine Zukunftsbezogenheit des Wollens, zur Vollendung erforderlich ist - wie etwa bei den Absichtsdelikten -, so fehlt diese Zukunftsbezogenheit jedoch bei der Handlung. Es leuchtet ein, daß deshalb bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Deliktstatbestand im Rahmen der Vollendung eine ex-post-Betrachtung angezeigt ist und mit Hilfe der Äquivalenztheorie zutreffend durchgeführt werden kann. Dagegen kann im Rahmen des Versuchs mit dem Gedanken der äquivalenten Kausalität nichts gewonnen

werden, da hier die Handlung gerade nicht kausal für einen tatbestandlichen Erfolg geworden ist. Ebensowenig sinnvoll erscheint eine ex-post-Betrachtung, da der Versuch nicht aus der Vergangenheit, sondern allein aus seiner Gegenwärtigkeit und seiner in die Zukunft weisenden Zielrichtung verständlich ist. Beim Versuch ist somit nicht nur der Wille, sondern auch die Handlung zukunftsbezogen[6]. Zwar läßt sich vordergründig auch mit Hilfe einer ex-post-Betrachtung sagen, daß der Täter etwas versucht habe, was insbesondere für den beendeten, fehlgeschlagenen Versuch gilt. Sofern man aber auf den Zeitpunkt blickt, in dem ein Sachverhalt frühestens als Versuch qualifiziert werden kann, d.h. in dem der Täter beginnt, seine Vorstellung unmittelbar zu realisieren, wirddeutlich, daß dieser Sachverhalt nur als Versuch begriffen werden kann, wenn eine ex-ante-Betrachtung unter Berücksichtigung des Tatplanes erfolgt. In diesem Augenblick befindet sich die Ausführungshandlung im Stadium der Entwicklung, der Ausgang ist entsprechend der menschlichen Nicht-Allwissenheit ungewiß.

Von dieser Struktur des Versuchs muß auch der Begriff 'Versuch' ausgehen. Er muß das Wollen der Tat und eine in die Zukunft gerichtete Handlung enthalten. Es muß ferner als negatives Merkmal hinzukommen, daß die Tat noch nicht vollendet ist. Aus dem Wollen der Tat entspringt schließlich das vierte Merkmal: der Glaube des Täters an die Geeignetheit der Ausführungshandlung, also deren subjektive Tauglichkeit[7]. Die Definition lautet dann: Ein Versuch ist gegeben, wenn der Täter nach seiner Vorstellung

---

6) vgl. RALIS, ZStW 61, 4

7) vgl. RALIS, ZStW 61, 4 und 7 ff.

unmittelbar zur Verwirklichung der beabsichtigten Tat ansetzt. Dieser allgemeine Versuchsbegriff erfährt jedoch eine Einschränkung, weil im Strafrecht nur der Versuch der Verwirklichung eines Deliktstatbestandes interessiert. Insofern stellt der Fall des umgekehrten Verbotsirrtums zwar generell einen Versuch dar, nicht aber einen Versuch im Sinne des Strafrechts, denn das intendierte Ziel des Täters entspricht nicht der Verwirklichung eines Deliktstatbestandes. Der Versuch ist somit zu definieren als menschliches Verhalten - sei es positives Tun (Handlung), sei es Unterlassen -, durch das der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung eines Deliktstatbestandes unmittelbar ansetzt.

Demgegenüber verstand die Lehre vom Mangel am Tatbestand[8] unter einem Versuch begrifflich nur einen Sachverhalt, bei dem ausschließlich das Schlußstück, d.h. die Vollendung, fehlte. Falls es daneben noch an weiteren Tatbestandsmerkmalen fehlte - wie z.B. an der Fremdheit einer Sache im Rahmen des Diebstahls -, lag nach dieser Auffassung schon begrifflich kein Versuch, sondern ein Mangel am Tatbestand vor, der stets Straflosigkeit zur Folge hatte. Jedoch berücksichtigte diese Auffassung nicht die zuvor angegebenen vier Merkmale des Versuchsbegriffs und ist vor allem[9] deshalb verfehlt, weil sie im Hinblick auf den Versuch den Deliktstatbestand in relevante und irrelevante Tatbestandsmerkmale unter-

---

8) vertreten vor allem von DOHNA, Festschrift für Güterbock, S. 49 ff.; v.LISZT-SCHMIDT, Strafrecht, S. 298 ff.; weitere Nachweise bei v.HIPPEL, Strafrecht, S. 431 Anm. 1; einen kurzen Überblick aus heutiger Sicht gibt MAURACH, AT, S.506 f.

9) weitere Einwände bei v.HIPPEL, Strafrecht, S.432 ff.; RALIS, ZStW 61, 20 ff.

teilte, dabei aber übersah, daß eine solche Unterteilung dem Sinn und Zweck jedes Deliktstatbestandes zuwiderläuft[10]. So ist, um bei dem Beispiel des Diebstahls zu bleiben, der mißbilligte Erfolg in § 242 nicht die Wegnahme irgendeiner Sache[11], sondern die Wegnahme einer fremden Sache, weil unter dem Gesichtspunkt des in § 242 geschützten Rechtsguts - die umfassende Herrschaftsmacht des Eigentümers über seine Sachen - nur fremde Sachen Gegenstand der die Vollendung herbeiführenden Wegnahme sein können, nicht aber Sachen als solche. Entsprechendes gilt auch für andere Deliktstatbestände[12].

Dritter Abschnitt

Der Anknüpfungspunkt für das dem Versuch innewohnende Gefahrmoment

So sehr es eine Binsenwahrheit ist, daß dem oben[13] definierten Begriff des Versuchs eine kaum zu ermessende Fülle unterschiedlichen tatsächlichen Verhaltens korrespondiert, so sehr stellt sich die Frage, was denn für all dieses Verhalten im Rahmen der Feststellung einer Gefahr der Deliktsverwirklichung eigentlich der "gemeinsame Nenner", d.h. der Anknüpfungspunkt der Gefahrfeststellung ist.

---

10) ebenso MAURACH, AT, S.507, der treffend zum Ausdruck bringt, "daß der Tatbestand ein gesetzlich geschmiedeter Ring des Unrechts ist, aus dem einzelne Teilstücke nicht herausgebrochen werden können".

11) das muß jedoch der Auffassung Schmidts zugrunde liegen; vgl. v.LISZT-SCHMIDT, Strafrecht, 26.Aufl. S. 300

12) vgl. MAURACH, AT, S.507, der dies an den §§ 173, 303 aufzeigt.

13) s.o.S. 108 f. d.A.

Dazu ein Beispiel: Die Attentäter A und B wollen unabhängig von einander den X umbringen. A hat vor, dem X eine Bombe mit Aufschlagzünder vor die Füße zu schleudern, während B beabsichtigt, dem X eine Briefbombe zu schicken.

Sind wir hier - wenn A zum Wurf ausholt - nicht geneigt, diese Handlung als äußerst gefährlich zu beurteilen[14], während wir dort - wenn B den Brief in einen Briefkasten wirft - der Meinung sind, es könne noch manches dazwischen kommen, bevor X den Brief öffnet? Dieser Unterschied, so scheint es, läßt sich aus der Art des jeweiligen Versuchs erklären, da zum einen ein unbeendeter, zum anderen ein beendeter Versuch vorliegt. Jedoch zeigt schon eine geringfügige Abwandlung im Falle des B - etwa: B will zum Zeitpunkt des Eintreffens des Briefes die Sekretärin des X fortlocken, um sicherzustellen, daß nicht sie, sondern X den Brief öffnet -, daß sich, bezogen auf den Augenblick der Aufgabe des Briefes, das Urteil nicht ändert, wenn wir im Falle des B einen unbeendeten Versuch konstruieren. Vielmehr wird deutlich, daß der Unterschied zwischen den beiden aufgezeigten Fällen darin liegt, daß die Handlung zum einen direkt am Rechtsgut oder auch am Objekt, zum anderen aber fernab davon vorgenommen wird, mag auch im ersten Fall oft ein unbeendeter Versuch, im zweiten Fall oft ein beendeter Versuch vorliegen.

Wie in diesem Beispiel, so lassen sich auch allgemein im Rahmen der Erfolgsdelikte die verschiedensten Ausführungshandlungen eines Versuchs auf den Typus "Handlung direkt am Rechtsgut oder an einem Objekt" sowie den Typus "Handlung fernab von einem Rechtsgut oder einem Objekt" reduzieren. Hinzu kommt

---

14) vgl. v.HIPPEL, Strafrecht, S. 428

noch - im Rahmen des Versuchs eines schlichten Tätigkeitsdelikts, wie es z.B. § 154 darstellt - der Typus "Handlung". Daraus ergibt sich, daß unter der als zutreffend erkannten Prämisse, allein den Versuch zu betrachten[15], als gemeinsamer Anknüpfungspunkt für eine Gefahrfeststellung nur die Handlung in Betracht kommt, das angegriffene Rechtsgut oder auch das Objekt hingegen aus der Betrachtung herausfällt. M.a.W.: es interessiert für die Frage, ob die Gefahr der Verwirklichung eines bestimmten Deliktstatbestandes gegeben ist, nur das Versuchsstadium, in dem die Handlung des Täters überhaupt erstmals als Anfang der Ausführung, somit als Versuchs-Handlung qualifiziert werden kann. Hingegen interessiert nicht das davon stets logisch[16], oft auch zeitlich abhebbare Versuchsstadium, in dem die Handlung bereits Wirkungen zeigt.

Vierter Abschnitt

Strukturen des Begriffs "Gefahr"

Wie bereits dargelegt, bezieht der Versuch seinen Unwertgehalt einesteils aus dem Vorsatz, in dem ein Zuwiderhandeln des Täters gegen den, vom jeweils angegriffenen Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruch offenbar wird[17], zum anderen Teil aus der Ausführungshandlung, in der die Gefahr der Vollendung eines Deliktstatbestandes, der dem Schutz eines bestimmten Rechtsguts dient, zum Ausdruck kommt[18].

---

15) s.o. S. 106 d.A.

16) vgl. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 12 f.

17) s.o. S. 98 f. d.A.

18) s.o. S. 102 f. d.A.

Im Rahmen dieses letztgenannten Unrechtselements kommt es wiederum, wie der Theorienstreit um die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zeigt, entscheidend auf die Ausgestaltung des Gefahrmomentes an. Um dem gerecht zu werden, ist es erforderlich, nicht nur die Vor- und Nachteile der bisher zur Bestimmung der Gefährlichkeit des Versuchs vorgebrachten Auffassungen zu erörtern, sondern zu untersuchen, welche Struktur oder auch Strukturen der auch sonst im StGB verwendete Begriff "Gefahr"[19] aufweist, um so möglicherweise ein Modell für die Struktur der Gefährlichkeit des Versuchs zu gewinnen. Freilich muß es im Rahmen dieser Arbeit mit einem Überblick sein Bewenden haben.

1. Die Struktur der abstrakten Gefahr

Von einigen wenigen Fällen abgesehen [20], erscheint der Begriff der abstrakten Gefahr im StGB nicht. Er liegt jedoch als Motiv des Gesetzgebers den sog. abstrakten Gefährdungsdelikten insofern zugrunde, als mit Hilfe dieser Deliktsgruppe bestimmte Verhaltensweisen, die - gemessen an der Erfahrung des Gesetzgebers - mit einer gewissen Häufigkeit Rechtsgutsverletzungen vorhergehen und die deshalb generell eine Eignung zur Rechtsgutsverletzung in sich tragen, verboten und bestraft werden [21].

Es steht demnach hier eine typische Handlung im Vordergrund, von der angenommen wird, daß sie als-

19) Die allgemeinen Grundlagen des Gefahrbegriffs werden hier ohnehin vorausgesetzt; vgl. dazu angesichts der umfangreichen Literatur statt vieler BASSENGE, Gefahrbegriff, S. 18 ff. m. v.w.N.

20) vgl. §§ 187, 367 Nr. 12; vgl. zur - zweifelhaften - Einordnung des § 308 2.Alternative SCHRÖDER, ZStW 81, 21

21) vgl. auch SCHWANDER, SchwZStr 66, 442

bald eine Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts nach sich ziehen kann - aber nicht muß -. Will man hier überhaupt den Begriff "Gefahr" verwenden und nicht nur von einer objektiven Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit sprechen[22], so läßt sich festhalten: Grund der Strafbarkeit ist die generelle Gefährlichkeit eines Verhaltens, die erst noch zu einem "Gefahr - Erfolg" führen kann und die deshalb dynamisch strukturiert ist[23].

Diese Struktur wird durch ein abgekürztes ontologisches Wissen, d.h. durch - in der Regel vollständige[24] - Abstraktion von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls, erreicht. Es interessiert lediglich, ob das vom Gesetzgeber im Deliktstatbestand fest umrissene, abstrakt beschriebene Verhalten in concreto vorliegt, hingegen sind andere Umstände des Einzelfalles nicht zu berücksichtigen[25]. So genügt z.B. das Hetzen eines Hundes (§ 366 Nr.6), auch wenn es sich im Einzelfall um einen zahnlosen alten Dackel handelt.

2. Die Struktur der konkreten Gefahr[26]

Im Gegensatz zur abstrakten Gefahr, die wir wegen ihrer ausschließlichen Bezogenheit auf die Handlung auch als Gefährlichkeit oder Verletzungssorgfaltswidrigkeit bezeichnen können, ist die konkrete Gefahr im Rahmen der konkreten Gefährdungsdelikte Tatbestandsmerkmal und muß deshalb im Einzelfall erst festgestellt werden.

---

22) so HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S.15 u.passim

23) BASSENGE, Gefahrbegriff, S.61 f.; HENCKEL, Gefahrbegriff, S.61; VOLZ, Abstrakte Gefährdungsdelikte, S.15

24) Eine Ausnahme stellt etwa § 187 dar, da sich die Abstraktion dort auf einen Teilbereich beschränkt.

25) ebenso BASSENGE, Gefahrbegriff, S.61; HENCKEL, Gefahrbegriff, S.61

26) vgl. dazu im Ganzen Reinhard v.HIPPEL, ZStW Bd. 75, 454 ff.

Vom Normzweck dieser Delikte her sowie aufgrund ihrer Verwandtschaft mit den sog. Erfolgsdelikten[27] kann als konkrete Gefahr nur ein Sachverhalt bezeichnet werden, in dem ein bestimmtes Rechtsgut im Einzelfall nur denkbar knapp einer Verletzung entgangen ist[28]. Demnach ist Voraussetzung, daß ein "Rechtsgut tatsächlich in das Wirkungsfeld der schädlichen Bedingungen", die der Täter durch seine Handlung gesetzt hat, "gelangt ist"[29]. Da somit die individuellen Auswirkungen einer Handlung, nicht jedoch die Handlung selbst, im Vordergrund stehen, ist Gegenstand der Betrachtung ein "Gefahr-Erfolg"[30], also eine Gefährdung. Der Begriff "konkrete Gefahr" beschreibt folglich keinen dynamischen Prozeß, sondern einen - gegenwärtigen[31] - Zustand, nämlich den, in dem die Auswirkungen der Handlung ein bestimmtes Rechtsgut in einer bestimmten Situation derart bedroht haben, daß nur wenig an einer Verletzung eben dieses Rechtsguts fehlte[32].

In Umkehrung des Satzes, nach dem ontologisches und nomologisches Wissen zusammen genommen die Qualität des Gefahrurteils, das im übrigen mit der Gefahr identisch ist[33], bestimmen, muß das ontologische Wissen, d.h. die für das Gefahrurteil maßgebende Tatsachenbasis, alle Umstände des Einzelfalls umfassen[34]. Eine Abstraktion vom tatsächlichen Geschehen findet nur insoweit statt, als nach der

---

27) vgl. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S.12 und passim.

28) ähnlich SCHRÖDER, ZStW, 81, 21

29) SCHWANDER, SchwZStr 66, 450

30) HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S.15 und passim

31) vgl. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S.64

32) vgl. HORN, ebenda

33) HORN, aaO., S. 32 ff.

34) ebenso BASSENGE, Gefahrbegriff, S. 39 f.m.w.N.

Gefährdung erst erkennbare Tatsachen eliminiert werden[35]. Auf eine Formel gebracht[36]: Es sind alle Tatsachen des Einzelfalls zu berücksichtigen, die bis zum Eintritt der Gefährdung vorlagen, d.h. feststellbar waren, mögen sie auch erst im nachhinein festgestellt worden sein. Hinsichtlich des nomologischen Wissens ist stets das menschliche Höchstwissen erforderlich[37], das in Gestalt des bestmöglichen Sachverständigen praktikabel ist[38].

In weitgehender, aber nicht völliger Übereinstimmung mit dem Vorstehenden hat neuerdings Horn die konkrete Gefahr als einen Sachverhalt definiert, "der als Ursache für eine Rechtsgutsverletzung bestimmter Art bereits erfahren worden ist, von dem aber niemand jemals erklären könnte, warum die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts im konkreten Fall ausbleiben mußte"[39]. Im Ergebnis haftet der Täter hier also dann, wenn niemandem erklärlich ist, warum gerade hier ein bestimmtes Rechtsgut nicht verletzt worden ist.

---

35) vgl. BASSENGE, aaO., S. 36 m.w.N.

36) im Anschluß an SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 105 f., der im übrigen der Auffassung ist, daß sich der Versuch von den konkreten Gefährdungsdelikten strukturell nur im Vorsatz unterscheide. Dem wird im Vierten Teil dieser Arbeit nachgegangen.

37) vgl. BASSENGE, Gefahrbegriff, S. 43 f. m.w.N.

38) so SCHRÖDER, ZStW 81, 9

39) HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 212

Fünfter Abschnitt

Die Gefahr im Rahmen der objektiven Zurechnung

Den Begriff "Gefahr" bzw. den Begriff "objektive Verletzungsmöglichkeit" finden wir auch als Element der Lehren, die die objektive Zurechnung eines Geschehens zur Person des Täters zum Inhalt haben[40].

Abgesehen davon, daß entsprechend dem eingangs zum Vierten Abschnitt Ausgeführten[41] auch hier wieder die Struktur des in diesen Lehren verwendeten Begriffs der Verletzungsmöglichkeit als Modell für das dem Versuch innewohnende Gefahrmoment interessiert, so besteht zwischen diesen Lehren und der Frage der Strafbarkeit des Versuchs insofern eine Parallele, als es hier wie dort darum geht, außerhalb der - äquivalenten - Kausalität ein Verhalten dem Täter zuzurechnen und damit die Qualität des noch oder nicht mehr zurechenbaren Verhaltens zu bestimmen. Hinzu kommt, daß der im 6.Abschnitt des 2.Teils dieser Arbeit als richtig erkannte Leitgesichtspunkt für die Begründung strafrechtlichen Unrechts[42] der objektiven Zurechnung zugrunde liegt, da sie danach fragt, ob eine bestimmte Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung auf einem bestimmten Verhalten beruht oder ob ein bestimmtes Verhalten zumindest eine Tendenz zur Rechtsgutsverletzung aufweist. Demgemäß können wir die objektive Zurechnung als ein Prinzip auffassen, das die hier fragliche Zurechnung eines als Versuch zu definierenden Verhaltens umgreift.

---

40) vgl. HONIG, Festgabe für Frank, Bd. 1, S.179 Anm. 2; zur objektiven Zurechnung vgl. aus neuester Zeit OTTO, Festschrift für Maurach, S.91 ff.

41) s.o. S. 113 d.A.

42) s.o. S. 98 ff. d.A.

1. Das Prinzip der Adäquanz

Auch die Adäquanztheorie knüpft an ein Möglichkeitsurteil an. Danach ist zunächst eine Frage ex post - also eine Diagnose - des Inhalts zu stellen, ob ein bestimmtes Verhalten des Täters condicio sine qua non für einen bestimmten Erfolg war. Insoweit deckt sich die Adäquanztheorie mit der Theorie der äquivalenten Verursachung. Sie geht aber noch einen Schritt darüber hinaus, indem sie nach der angeführten ex-post-Betrachtung mit Hilfe einer Betrachtung ex ante - also einer nachträglichen Prognose - fragt, ob das Verhalten des Täters generell geeignet war bzw. die Tendenz aufwies, einen Schaden wie den eingetretenen herbeizuführen[43].

Die ontologische Basis dieser Prognose stellen nach überwiegender Auffassung[44] all diejenigen Tatsachen dar, die einem einsichtigen, sachverständigen Beobachter z.Z. der Tat erkennbar waren. Hinzu kommt ein eventuell vorhandenes ontologisches Mehrwissen der Täters[45]. Hinsichtlich des anzuwendenden nomologischen Wissens wird überwiegend das Höchstwissen, also das gesamte Erfahrungswissen der Menschheit, praktikabel in Gestalt eines Sachverständigen, verlangt[46]. Das aus ontologischem und nomologischem Wissen gewonnene Möglichkeits-

---

43) v.KRIES, ZStW 9, 532; HENCKEL, Gefahrbegriff, S. 9 ff.; v.HIPPEL, Strafrecht, S.143 ff. m.w.N.; vgl. auch die Übersicht bei BASSENGE, Gefahrbegriff, S.51 ff.

44) ENGISCH, Kausalität, S.55 ff. sowie Vorsatz und Fahrlässigkeit, S.284 und 301 f.; v.HIPPEL, Strafrecht, S.148; MAURACH, AT, S.204; H.MAYER, AT, S. 73; vgl. auch BAUMANN, AT, S.214 und WELZEL, Strafrecht, S.46 (für Fahrlässigkeitsdelikte); für das Zivilrecht prägnant DEUTSCH, Fahrlässigkeit, S. 121 f.

45) vgl. die in Anm. 44) Genannten

46) ENGISCH, Kausalität, S.57; HENCKEL, Gefahrbegriff, S. 25; v.HIPPEL, ZStW 42, 426.

urteil ist im Sinne der Adäquanztheorie zureichend, wenn der Eintritt des Erfolges nicht als unberechenbarer Zufall erscheint[47], bzw. unzureichend, wenn mit dem - ex post erkannten - konkreten Ablauf vernünftigerweise nicht gerechnet werden konnte [48] [49]. Es genügt demnach ein recht geringer Möglichkeitsgrad.

Damit scheint zwischen Adäquanz und Gefahr in der Struktur eine völlige Übereinstimmung zu bestehen, wie denn auch vielfach in der nachträglichen Prognose der Adäquanztheorie die Grundlage für den Gefahrbegriff gesehen[50] und das Moment der Gefahr im Rahmen des Versuchs geradezu als typischer Anwendungsfall des Adäquanzgedankens betrachtet wurde[51].

Ob insbesondere die letztgenannte Auffassung zutreffend ist, wird sich bei einer näheren Betrachtung der Adäquanztheorie herausstellen. Sinn und Zweck dieser Theorie ist es ursprünglich gewesen und ist es weitgehend noch heute, die strafrechtliche Haftung für zufällige Erfolge schon auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit auszuschalten. Um

---

47) so v.HIPPEL, Strafrecht, S. 149

48) so MAURACH, AT, S. 204

49) der Sache nach gleiche Formulierungen verwenden ENGISCH, Kausalität, S.46 und H.MAYER, AT, S.73

50) so z.B. HENCKEL, Gefahrbegriff, S.10 ff., wobei Henckel dann jedoch als zureichenden Grad der Gefahr nicht den geringen Grad der Adäquanztheorie genügen läßt, sondern nur eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit als ausreichend ansieht; vgl. aaO. einerseits S. 11 und 13, andererseits S. 27

51) so v.HIPPEL, Strafrecht, S. 430 und schon in ZStW 42, 528. Das Verdienst, die nachträgliche Prognose zur Bestimmung der Gefährlichkeit und damit der Strafbarkeit des Versuchs erstmals verwendet und erläutert zu haben, gebührt jedoch v.LISZT (dort in der 2.Aufl. seines Lehrbuches, zitiert nach v. HIPPEL, Strafrecht, S. 425, da mir die 2.Auflage des v.Lisztschen Werkes nicht zur Verfügung steht); vgl. letztmals in der 21./22.Aufl. des Lehrbuchs v. Liszt's, S. 200.

dieses Ziel zu erreichen, wird eine Verknüpfung des Erfolges mit dem Verhalten des Täters hergestellt und mit Hilfe der oben dargestellten Prognose gefragt, inwieweit der Erfolg noch auf der Handlung des Täters beruht. Ursprünglich als Kausalitätstheorie aufgefaßt[52], stellt sich die Adäquanztheorie jedoch als eine spezifische, wertende Betrachtungsweise der Kausalität oder auch - nach heutiger Terminologie[53] - als Zurechnungsprinzip dar. Kausalität und Zurechnung im Sinne der Adäquanz sind also zweierlei und verhalten sich zueinander wie Objekt der Wertung und Wertung des Objekts[54].

Dieses Verhältnis kommt dort deutlich zum Ausdruck, wo der Gedanke der Adäquanz allgemein Anwendung findet. In Betracht kommen hier zunächst die Fälle, in denen zwar Vorsatz und Kausalität vorliegen, eine Bestrafung aber allgemein abgelehnt wird. Zu denken ist etwa an den oft gebrauchten Schulfall des Neffen, der seinen Erbonkel in der sich dann auch tatsächlich erfüllenden Hoffnung auf die Reise schickt, daß er im Flugzeug verunglücken möge. Einen rational nachprüfbaren Grund für die zunächst emotional begründete Ablehnung der Strafbarkeit gibt hier der Gedanke der Adäquanz, nach dem die Bestimmung zu einer Flugreise als generell ungeeignet für den Eintritt des gewollten Erfolges erscheint.

---

52) so noch HENCKEL, Gefahrbegriff, S.9; heute noch MAURACH, AT, S. 205; SCHRÖDER, ZStW 81, 9 f.

53) im Anschluß an HONIG, Festgabe für Frank, Bd.1 S. 174 ff., der den Begriff der objektiven Zurechnung nach Larenz als einer der ersten entfaltete; vgl. heute ROXIN, Festschrift für Honig, S. 133 f.; SCHAFFSTEIN, Festschrift für Honig, S. 169 f.; vgl. für das Zivilrecht DEUTSCH, Festschrift für Honig, S. 51 und LARENZ, ebenda, S. 79 ff.

54) so HONIG, Festgabe für Frank, Bd. 1, S. 179 f.

Ein weiterer Anwendungsbereich der Adäquanz findet sich im Rahmen der erfolgsbezogenen Fahrlässigkeitsdelikte, soweit man hier das Erfordernis der Verletzung der objektiven Sorgfalt zur Erfüllung des Deliktstatbestandes anerkennt[55]. Sorgfältig kann nur handeln, wer alle Auswirkungen seiner Handlung insbesondere unter dem Aspekt bedenkt, welche Gefahren durch diese Auswirkungen drohen. Voraussetzung eines sorgfältigen Handelns ist demnach die Voraussehbarkeit von Verletzungsmöglichkeiten bzw. das Erkennen von Gefahren. Inwieweit im Einzelfall eine solche Voraussehbarkeit besteht, ist mit Hilfe der nachträglichen Prognose der Adäquanztheorie zu beantworten[56]. Hier zeigt sich auch mit aller Deutlichkeit der schon angeführte Grundgedanke der Adäquanztheorie, demzufolge die äußerste Grenze der strafrechtlichen Haftung dort liegen muß, wo noch die Möglichkeit der Voraussehbarkeit des Erfolges besteht, weil sich der Mensch nur dann anders als geschehen verhalten kann[57].

Ähnliches gilt für die erfolgsqualifizierten Delikte. Auch hier wird mit Hilfe der Adäquanztheorie der unberechenbare Zufall ausgeschaltet und der Täter nicht für alle Folgen seiner Grundtat haftbar gemacht. Der maßgebliche Grundgedanke ist hier, daß der Täter selbst dann, wenn er eine Gefahr geschaffen hat, für einen eingetretenen Erfolg nur in dem Falle einzustehen hat, in demder Erfolg auf dieser, vom Täter gesetzten Gefahr beruht.[58]

---

55) h.M.; vgl.statt vieler v.HIPPEL, Strafrecht, S. 361; heute: JESCHECK, AT, S.332 ff. und MAURACH, AT, S.554 ff.; ebenso die Rspr.: BGHSt. 5,318 (320); 7,307 (309); 16,145 (161); 20,315 (319); a.A.: SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Anm. 175; MEZGER, LK, 8.Aufl., § 59 Anm. 23 b) bb)

56) vgl. WELZEL, Strafrecht, S. 132

57) ähnlich formuliert es LARENZ für das Zivilrecht, vgl. Festschrift für Honig, S. 85

58) so SCHMIDHÄUSER, AT, S.182 und schon ENGISCH, Kausalität, S. 61 ff.

Auch bei der Lösung eines der traditionellen Hauptprobleme der erfolgsbezogenen unechten Unterlassungsdelikte, der Verknüpfung der Passivität des Garanten mit dem Erfolg[59], kann mit dem Maßstab der Adäquanztheorie gearbeitet werden. Da hier eine Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie gerade fehlt[60], bleibt nur die Möglichkeit einer wertenden Betrachtung, also einer Zurechnung, um den Garanten strafrechtlich haften zu lassen. Die Verbindung zwischen Unterlassen und Erfolg kann nur die "erwartete Handlung"[61] sein, die gemäß einer nachträglichen Prognose in der konkreten Situation möglich und erforderlich war, um den Erfolg mit an Gewißheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern zu können.

Nach alledem ist festzuhalten, daß der Gedanke der Adäquanz stets als wertende Betrachtung der Kausalität oder als Ersatz für die Kausalität Verwendung findet. Maßstab der Wertung ist dabei stets, inwieweit die vom Täter gesetzte oder nicht abgewendete Gefahr sich im Erfolg realisiert hat. Im Vordergrund steht also immer die Verknüpfung eines Erfolges mit dem Verhalten des Täters. Dagegen handelt es sich bei den Gefährdungsdelikten und beim Versuch gerade um solche Sachverhalte, in denen ein Erfolg eben nicht eingetreten ist, so daß die der Adäquanz gestellte Frage nach der Verknüpfung zwischen Erfolg und Verhalten hier von vornherein nicht in Rede steht. Im Vordergrund steht hier vielmehr die Wertung eines folgenlosen Verhaltens. Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der

---

59) SCHMIDHÄUSER, AT, S. 546.

60) Das wird nicht überall erkannt; vgl. dagegen treffend Armin KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, S. 61 ff. und SCHMIDHÄUSER, AT, S. 547

61) MAURACH, AT, S. 590

Adäquanzgedanke auch das maßgebliche Zurechnungsprinzip für ein gefährliches Verhalten im Rahmen der Gefährdungsdelikte und des Versuchs darstellt[62].

Das schließt allerdings nicht aus, lediglich den Maßstab der Adäquanztheorie - die nachträgliche Prognose - zur Bestimmung eines Gefahrurteils heranzuziehen[63]. Ein solches Gefahrurteil wäre insofern konkret, als in jedem Einzelfall das Vorliegen einer Gefahr vom Richter erst festzustellen ist. Da als ontologische Basis dieses Gefahrurteils das Tatsachenwissen eines sachverständigen Beobachters einschließlich eines eventuellen Mehrwissens des Täters dient, wird sich in diesen Fällen eine gewisse Generalisierung ergeben. Deutlich wird das beispielsweise bei der Körperverletzung eines Menschen, dessen Eigenschaft als Bluter nicht ohne weiteres, sondern erst durch eingehende Untersuchungen festgestellt werden könnte. Hier würde die aufgrund des einem objektiven Beobachter erkennbaren ontologischen Wissens gebildete Frage für die Anwendung des nomologischen Wissens dahingehend lauten, ob ein leichter Schlag auf die Nase eines Erwachsenen eine lebensgefährdende Handlung darstellen kann. Ebenso wie hier das Angriffsobjekt eine Generalisierung erfährt, kann sich diese Generalisierung auch auf das Angriffsmittel richten. Bei dem Zielen mit einem ohne Nachprüfung unerkennbar nicht geladenen Gewehr wäre etwa zu fragen, ob das Abdrücken eines auf einen bestimmten Menschen gerichteten Gewehrs dessen Leben vernichten könne.

---

62) ebenso SCHRÖDER, ZStW 81, 9 f.

63) a.A. SCHRÖDER, ZStW 81, 10 f., dessen Stellungnahme sich jedoch allein auf die konkreten Gefährdungsdelikte bezieht und insoweit in Übereinstimmung mit dem hier folgenden Text steht.

Auch mit Hilfe des nomologischen Höchstwissens gelangte man zu dem Ergebnis, daß im ersten Fall eine Verletzung nur aus Zufall, im zweiten Fall eine Rettung nur aus Zufall eintreten könnte, also die Handlung im ersten Fall ungefährlich, im zweiten Fall aber gefährlich sei. Der Schwerpunkt des Gefahrurteils kann demnach in einer Anzahl von Fallgestaltungen mehr auf dem nomologischen Wissen liegen. Ferner ist ersichtlich, daß ein derart gebildetes Gefahrurteil nicht auf die tatsächlich eingetretene Gefährdung eines konkreten Objektes, sondern auf die Gefährlichkeit der Handlung abstellt.

Demzufolge besteht mit der Struktur der konkreten Gefahr im Sinne der konkreten Gefährdungsdelikte nur insoweit eine Übereinstimmung, als beide Gefahrurteile am Einzelfall anknüpfen. Der Unterschied besteht wiederum darin, daß bei der konkreten Gefahr alle im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden Tatsachen in das ontologische Wissen einbezogen werden, daher Gegenstand die Gefährdung eines konkreten Objekts ist, während das mit Hilfe der nachträglichen Prognose der Adäquanztheorie gebildete Gefahrurteil von einem Teil der im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden Tatsachen abstrahiert, nämlich denjenigen, die einem sachverständigen Beobachter z.Z. der Handlung nicht erkennbar sind. Deshalb kann der Auffassung Schröders[64] und Spendels[65] zugestimmt und die Verwendung der Bezeichnung "konkrete Gefahr" für ein derart gewonnenes Gefahrurteil abgelehnt werden[66]. Auf der anderen

---

64) SCHRÖDER, ZStW 81, 9 ff.

65) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 103 ff.

66) a.A. HENCKEL, Gefahrbegriff, S. 47

Seite ist auch die abstrakte Gefahr im Sinne der abstrakten Gefährdungsdelikte nicht mit dem unter Verwendung der nachträglichen Prognose gebildeten Gefahrurteil identisch, da bei der abstrakten Gefahr keine Anknüpfung an die Umstände des Einzelfalles erfolgt, sondern schon ein bestimmtes, abstrakt umrissenes Verhalten genügt. Eine gewisse Übereinstimmung besteht nur insoweit, als beide Gefahrurteile auf die Gefährlichkeit der Handlung abstellen, weshalb das Gefahrurteil aufgrund der nachträglichen Prognose gegenüber der abstrakten Gefahr auch als konkrete Gefährlichkeit bezeichnet werden kann[67].

Der auf der Grundlage der nachträglichen Prognose gewonnene Gefahrbegriff steht demnach zwischen der abstrakten und konkreten Gefahr. Er deckt sich teilweise mit der für § 308 2.Alternative maßgeblichen Gefahrbestimmung, da beide von bestimmten Tatsachen des Einzelfalles abstrahieren, andere Tatsachen jedoch in die ontologische Basis einbeziehen. Ein Unterschied besteht jedoch deshalb, weil für § 308 in der 2.Alternative das Gesetz, für die konkrete Gefährlichkeit aber die Erkennbarkeit durch den sachverständigen Beobachter das Kriterium für die Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung bestimmter Tatsachen ist.

2. Das Prinzip der Risikoerhöhung

Das im Grundsatz gleiche Anliegen wie die Adäquanztheorie vertritt auch das Prinzip der Risikoerhöhung. Fußend auf der Formulierung Honigs, nach der zurechenbar nur der Erfolg sei, "welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann"[68], stellt sich

---

67) dieselbe Bezeichnung verwendet im Zivilrecht BYDLINSKI, zitiert nach Deutsch, JZ 1966, 557.

68) HONIG, Festgabe für Frank, Bd.1, S. 184

das Prinzip der Risikoerhöhung als "Verbesonderung des Gedankens der objektiven Bezweckbarkeit"[69] dar. Indes: Wäre der Gedanke der objektiven Bezweckbarkeit und mit ihm das Prinzip der Risikoerhöhung mit der Adäquanztheorie identisch, so wäre für eine schon bekannte Sache nur ein neuer Name gefunden und weitere Ausführungen würden sich erübrigen.

Das kann jedoch nicht angenommen werden, wenn auch zuzugeben ist, daß Adäquanz und Risikoerhöhung sich in weiten Bereichen inhaltlich decken, was vor allem für die Zurechnung eines Erfolges zu einer Handlung gilt[70]. Jedoch erfährt schon in diesem Bereich der Adäquanzgedanke durch das Prinzip der Risikoerhöhung eine inhaltliche Erweiterung, und es wird deutlich, daß das Prinzip der Risikoerhöhung einzelnen Fallgestaltungen besser gerecht wird. Gedacht sei zunächst an folgenden Fall: Führt jemand, der den Inhalt eines Wassereimers in die über einen Damm strömenden Fluten gießt, eine Überschwemmung im Sinne der §§ 312 ff. herbei? Gewiß läßt sich diese Frage auch mit Hilfe des Adäquanzgedankens lösen, jedoch trifft die nach dem Prinzip der Risikoerhöhung zu stellende Frage, ob der Täter ein rechtlich relevantes Risiko gesetzt oder erhöht hat, den Kern besser. Denken wir ferner an einen Sachverhalt, in dem sich das an sich erlaubte Risiko im Erfolg realisiert, wie etwa dann, wenn nach einer Pockenimpfung die Krankheit erst auftritt und Schäden hinterläßt. An der Adäquität zwischen Handlung und Erfolg besteht hier kein Zweifel, so daß es Schwierigkeiten bereitet, die

---

69) ROXIN, Festschrift für Honig, S. 140

70) vgl. zum Zusammenhang von Adäquanz und Risikoerhöhung ROXIN, Festschrift für Honig, S.136

strafrechtliche Haftung - es käme hier fahrlässige Körperverletzung in Betracht - auszuschalten. Zwar mag dies schließlich mit Hilfe des Gedankens der Sozialadäquanz gelingen, doch dahinter verbirgt sich nichts anderes als das angewandte Prinzip der Risikoerhöhung, das danach fragt, ob das rechtlich erlaubte Risiko, welches schon einen adäquaten Erfolg ins Auge faßt, noch weiter erhöht worden ist[71]. Schließlich ergibt sich mit Hilfe dieses Prinzips auch dort eine einleuchtende Lösung, wo zwar ein Erfolg herbeigeführt, das Risiko aber verringert worden ist. Zu denken ist hier etwa an das Beispiel Roxins, in dem A den Stein, den er in bedrohlicher Weise auf den Kopf des B zufallen sieht, auf dessen Schulter ablenkt[72].

Neben der Funktion, die strafrechtliche Haftung im Verhältnis zur Kausalität zu beschränken, vermag die Formulierung Honigs noch ein Weiteres zu leisten, sofern man sie dahingehend abwandelt, daß ein Verhalten zurechenbar ist, das als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann. Mit der Verschiebung des Akzents vom Erfolg zum Verhalten ergibt sich dann ein Prinzip der Zurechnung, das über die Adäquanz hinausgreift und auch ein solches Verhalten umfaßt, welches folgenlos geblieben ist bzw. dessen Kausalität für einen bestimmten Erfolg keine sinnvolle Haftungsgrundlage darstellt[73]. Damit wäre ein allgemeines Zurechnungsprinzip gefunden, das nicht nur über die Kausalität hinausgeht und sie begleitet, sondern in einer Anzahl von Fallgestaltungen ersetzt. Inhaltliches Kriterium dieses Prinzips ist dann die

---

71) vgl. mit ähnlichen Gedanken RUDOLPHI, Festschrift für Maurach, S. 64

72) ROXIN, Festschrift für Honig, S. 136

73) vgl. SCHAFFSTEIN, Festschrift für Honig, S.170 ff. mit Beispielen im Bereich der Beihilfe.

Schaffung oder Erhöhung eines Risikos, in dem auch der maßgebliche Gesichtspunkt für das strafrechtliche Unrecht - die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung - zum Ausdruck kommt[74].

Jedoch ist bisher nicht geklärt, nach welchem Maßstab das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Risikoerhöhung im Einzelfall festzustellen ist. Schaffstein ist der Auffassung, die Risikosteigerung sei grundsätzlich mit Hilfe der schon von der Adäquanztheorie her bekannten nachträglichen Prognose zu entscheiden[75]. Demnach wären nur diejenigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, die ex ante von einem objektiven, sachverständigen Beobachter hätten erkannt werden können. So wäre z.B. in dem Fall[76], in dem bei einem mißhandelten Kind bedrohliche Symptome wie kaum zu fühlender Puls, flache Atmung, bläulich-rote Gesichtsfarbe usw. auftraten, die die Hinzuziehung eines Arztes als dringend geboten erscheinen ließen, eine Risikoerhöhung in Hinsicht auf den Tod des Kindes bei Unterlassen der Konsultation eines Arztes gegeben, auch wenn sich bei der späteren Autopsie des Kindes herausstellte, daß auch ein Arzt den Tod des an einem bis dahin unbekannten Gehirntumors leidenden Kindes nicht mehr hätte abwenden können.

Demgegenüber vertrat bereits Honig den Standpunkt, daß für die Bestimmung der objektiven Zweckhaftigkeit eines Verhaltens jeder Umstand des konkreten Sachverhalts wesentlich sei, somit alle individuellen Gegebenheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden müßten und der Schwerpunkt nicht - wie im Rahmen

---

74) vgl. dazu auch OTTO, Festschrift für Maurach, S. 101 ff.

75) SCHAFFSTEIN, Festschrift für Honig, S.180; ebenso SALAMON, Vollendete und versuchte Beihilfe, S.164 ff.

76) in Anlehnung an das von Stratenwerth nach BGE 73 IV 164 ff. gebildete Beispiel; vgl. Festschrift für Gallas, S. 229 Anm. 9

der Adäquanz - auf der Generalisierung liegen dürfe[77]. Präzisiert wird diese Auffassung heute von Roxin, der bei der näheren Bestimmung der Risikoerhöhung im Rahmen der erfolgsbezogenen Fahrlässigkeitsdelikte ausführt, das Urteil müsse zwar vom Standpunkt ex ante erfolgen, aber es komme dabei auf den "wirklichen Sachverhalt" an[78]. Auch wenn es nicht vollends deutlich wird, so ist davon auszugehen, daß Roxin unter dem "wirklichen Sachverhalt" in Übereinstimmung mit Schwander und Spendel alle im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden Tatsachen versteht, also auch solche, die zu diesem Zeitpunkt zwar existent waren, jedoch erst ex post festgestellt und erkannt werden konnten[79]. Demnach müßte Roxin im obigen Beispiel des mißhandelten Kindes zu dem Ergebnis gelangen, daß aufgrund des lediglich nicht festgestellten, wohl aber vorher feststellbaren Gehirntumors eine Risikoerhöhung nicht vorlag. Nach alledem bezieht sich das Urteil der Risikoerhöhung im Sinne Roxins damit nicht auf die konkrete Gefährlichkeit der Handlung, sondern auf die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts bzw. eines Handlungsobjekts und stellt demnach in der Struktur ein Urteil dar, das exakt dem der konkreten Gefahr im Rahmen der konkreten Gefährdungsdelikte entspricht, soweit man der dort h.M. folgt[80].

Noch einen Schritt weiter geht Stratenwerth, der für die Frage, ob der eingetretene Erfolg auf einer vom Täter gesetzten oder gesteigerten Gefahr beruht, eine uneingeschränkte Beurteilung ex post zugrunde legen will[81], und der damit der Auffassung Horns

---

77) HONIG, Festgabe für Frank, Bd.1, S. 185
78) ROXIN, ZStW 78, 221 und schon ZStW 74, 432
79) ROXIN, Festschrift für Honig, S. 138 f. Anm. 18
80) s.o. S. 114 ff. d.A.
81) STRATENWERTH, Festschrift für Gallas, S. 230

zur Feststellung einer konkreten Gefahr im Rahmen der konkreten Gefährdungsdelikte nahe kommt[82]. Wiederum am obigen Beispiel des mißhandelten Kindes dargestellt, würde sich der Maßstab Stratenwerth's wie folgt auswirken. Keine Risikoerhöhung, sondern eine die Zurechnung nicht begründende Unsicherheit über den Sachverhalt wäre gegeben, wenn sich nicht mehr aufklären ließe, ob das Kind überhaupt an einem Tumor litt. Hingegen läge im Falle der nachgewiesenen Existenz eines Tumors eine Risikoerhöhung vor, wenn "ärztliches Eingreifen das Leben des Kindes nach sachverständigem Urteil aber doch noch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit hätte retten können"[83].

Schließlich kann auch, im Gegensatz zu den Vorschlägen Schaffsteins, Roxins und Stratenwerths, ein Urteil negativen Inhalts als Maßstab der Risikoerhöhung dienen. In Anlehnung an § 151 Ziffer 1 AE[84] ließe sich dieser Maßstab dahingehend formulieren, daß ein objektiver Beobachter[85] im Zeitpunkt der Handlung den Eintritt einer Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung nicht ausschließen kann. Dieses Urteil geht nicht von einem Gefahr - Erfolg aus[86], sondern bezieht sich - insofern vergleichbar der abstrakten Gefährlichkeit - auf die Handlung. Da es zudem ausschließlich ex ante zu fällen ist und

---

82) s.o. S.116 d.A. ; vgl. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 107 ff. und S. 161

83) STRATENWERTH, Festschrift für Gallas, S.231

84) vgl. Begründung zu § 151 AE, AE BT, S.56; bezeichnenderweise wird dieser Tatbestand auch von Horn "Risikodelikt neuen Typs" genannt; s.HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 213 ff.

85) von Horn als "Sorgfalts-Homunculus" bezeichnet; s. Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 216

86) vgl. Begründung zu § 151 AE, AE BT, S. 56

auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer generellen Verletzungsmöglichkeit zielt[87], läuft dieses Urteil, wie es Horn treffend bezeichnet hat[88], auf die Feststellung einer objektiven Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit im Einzelfall hinaus. Angewandt auf das Beispiel des mißhandelten Kindes, wäre nach diesem Maßstab sowohl im Falle der Ungewißheit über die Existenz eines Tumors als auch im Falle der Unsicherheit über die Rettungschancen ärztlichen Eingreifens das Absehen von einer Hinzuziehung eines Arztes als Risikoerhöhung zu beurteilen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß das Zurechnungsprinzip der Risikoerhöhung nach den Vorarbeiten Schaffsteins und Roxins zwar bisher wohl erst ansatzweise herausgearbeitet worden ist, gleichwohl aber schon eine einleuchtende Erklärung für die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit in solchen Fällen bietet, in denen mit Hilfe der Kausalität nichts gewonnen werden kann. Wenn man dieses Prinzip nicht auf die Zurechnung eines Erfolges beschränkt, sondern auch das folgenlose riskante Handeln einbezieht, kann es auch in Ergänzung des eingangs zu diesem Abschnitt Ausgeführten[89] der Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zugrundegelegt werden[90]. Welcher Maßstab für die Feststellung einer Risikoerhöhung jedoch im einzelnen anzuwenden ist, kann, wie schon zu Beginn dieses Teils der Arbeit dargelegt wurde[91], nur mit Hilfe einer näheren Untersuchung der Vielgestaltigkeit des Versuchs und unter Berücksichtigung seiner Intention entschieden werden[92].

87) inwieweit hier Gemeinsamkeiten oder sogar Identität mit dem Maßstab der nachträglichen Prognose im Sinne der Adäquanz bestehen bzw. besteht, ist im 4.Teil dieser Arbeit noch zu untersuchen.
88) HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 215
89) s.o. S. 117 d.A.
90) Das deutet bereits SCHAFFSTEIN, Festschrift für Honig, S. 170, an.
91) s.o. S. 104 ff. d.A.
92) Das wird sogleich im Vierten Teil dieser Arbeit ausgeführt.

V I E R T E R T E I L

DIE STRAFBARKEIT DES UNTAUGLICHEN VERSUCHS AUF DER GRUNDLAGE DER RISIKOERHÖHUNG

Ausgehend vom Rechtsgüterschutz als der einzig legitimen Aufgabe des Strafrechts, von der Beeinträchtigung eines konkreten Rechtsgutes als Leitgesichtspunkt für die Begründung strafrechtlichen Unrechts sowie unter Berücksichtigung der im Dritten Teil dieser Arbeit dargestellten Grundlagen soll in diesem Teil der Versuch unternommen werden, das für die Unrechtsbestimmung des Versuchs maßgebende Kriterium der Risikoerhöhung näher auszugestalten. Da Maßstab dieses Zurechnungsprinzips die Gefahrsetzung bzw. -erhöhung ist, wird sich die Untersuchung darauf richten, welche Beschaffenheit die dem Versuch innewohnende Gefahr der Verwirklichung eines Deliktstatbestandes aufweisen muß. Im vorhergehenden Teil dieser Arbeit wurden bereits drei unterschiedlich strukturierte Gefahrurteile dargestellt: die abstrakte Gefährlichkeit, die konkrete Gefährdung sowie die konkrete Gefährlichkeit nach Maßgabe der nachträglichen Prognose im Rahmen der Adäquanztheorie. Hinzu kommt die bisher nur gestreifte Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit in Anlehnung an die Formulierung des § 151 Ziffer 1 AE. Es ist jetzt zu fragen, welches dieser Kriterien für die nähere Ausgestaltung des Prinzips der Risikoerhöhung im Bereich des Versuchs Verwendung finden kann.

An dieser Stelle muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß es hier nicht um die Festlegung eines allgemeingültigen Maßstabes für das Prinzip der Risikoerhöhung gehen kann. Vielmehr kann der Maßstab für

die Zurechnung eines Verhaltens nur von der Zielrichtung und dem Wesen des der Bewertung unterliegenden Rechtsstoffes abhängig sein, da sonst auf Kosten des spezifischen Rechtsstoffes nur dem "architektonisch-ästhetischen Wert"[1] Rechnung getragen würde. Somit kann und muß sich die nachfolgende Untersuchung auf das Gebiet des Versuchs beschränken. Dabei soll - einer Anregung Roxins folgend[2] - auch versucht werden, kriminalpolitische Erwägungen, die sich gerade bei der hier interessierenden Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hinter dem oft verwendeten Begriff der Strafwürdigkeit verbergen, in die Betrachtung einzubeziehen.

Erster Abschnitt

Die abstrakte Gefährlichkeit als Maßstab der Risikoerhöhung

1. Die abstrakte Gefahr im Sinne der abstrakten Gefährdungsdelikte

Kennzeichen der abstrakten Gefahr im Sinne der abstrakten Gefährdungsdelikte sind[3]:

> Die Gefahr bezieht sich auf ein Verhalten, das im Deliktstatbestand in abstrakter Form fest umrissen ist; als ontologische Basis des Gefahrurteils dient allein die konkrete Entsprechung des im Deliktstatbestand abstrakt beschriebenen Verhaltens; die konkrete Situation wird nicht berücksichtigt; nomologisch ist das

---

1) ROXIN, ZStW 74, 517

2) ROXIN, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 8

3) vgl. dazu ausführlicher oben S. 113 f. d.A.

> Höchstwissen des Gesetzgebers maßgeblich, das nicht im Einzelfall zu ermitteln ist, sondern sich bereits aus der Existenz des Deliktstatbestandes ergibt; da tatsächlich kein konkretes Objekt gefährdet zu sein braucht, liegt der Schwerpunkt auf dem nomologischen Wissen, es handelt sich deshalb um eine abstrakte Gefährlichkeit.

Infolge dieser Kennzeichen der abstrakten Gefahr stößt das Vorhaben, dieses Gefahrurteil für die Ausgestaltung der Risikoerhöhung, soweit der Versuch betroffen ist, zu verwenden, bald auf ein Hindernis. Während bei den abstrakten Gefährdungsdelikten in der Regel ein handgreifliches und fest umrissenes Verhalten - z.B. das Hetzen eines Hundes, das Inbrandsetzen eines Gebäudes - den Tatbestand ausfüllt und für die Subsumtion wenig Schwierigkeiten bereitet, steht beim Versuch nur das Merkmal 'Anfang der Ausführung' zur Verfügung, das einen weitaus höheren Abstraktionsgrad aufweist und noch völlig der Ausfüllung bedarf. So ergäbe sich, wollte man auf der Abstraktionshöhe des Begriffes 'Anfang der Ausführung' bleiben, bei Verwendung der abstrakten Gefahr ein circulus vitiosus: Eine abstrakte Gefahr läge vor, wenn der Anfang der Ausführung eines Deliktstatbestandes gegeben ist; dieser Anfang der Ausführung wäre strafbar, falls eine abstrakte Gefahr vorliegt. Auf diese Weise wäre jedes Verhalten strafbar, das begrifflich den Versuch der Verwirklichung eines Deliktstatbestandes darstellt[4]).

---

4) vorausgesetzt, der Versuch des betreffenden Deliktstatbestandes ist überhaupt strafbar!

Das Vorhaben, die abstrakte Gefahr als Ausfüllungsmaßstab heranzuziehen, kann deshalb erst dann sinnvoll sein, wenn die Abstraktionshöhe der Beschreibung des zu beurteilenden Verhaltens gesenkt, der Begriff des Anfangs der Ausführung also konkretisiert wird. Dabei wäre jedoch die konkrete Ausführungshandlung in einem gewissen Rahmen erneut zu generalisieren, da man sonst nicht mehr zu einem abstrakten Gefahrurteil gelangte.

2. Die abstrakte Gefährlichkeit der älteren objektiven Versuchstheorie

Den soeben angesprochenen Weg ging die heute nicht mehr vertretene sogenannte ältere objektive Versuchstheorie, die von Feuerbach begründet[5], in der Folge vor allem von Mittermaier weiter ausgestaltet[6] wurde und bis zum Beginn unseres Jahrhunderts als herrschende Meinung angesehen werden konnte[7].

Diese Auffassung differenzierte den untauglichen Versuch zunächst nach der Art der Ausführungshandlung und des angegriffenen Objekts. Dabei betrachtete sie zwar den Sachverhalt in concreto, nahm ihn aber nur zum Anlaß einer sogleich nachfolgenden, nach Art und Gattung ausgerichteten Generalisierung. So wurde z.B. zunächst konkret betrachtet, daß A den B mit Zucker zu vergiften versuchte. Die entscheidende Frage sollte aber nicht lauten, ob A den auch sonst labilen Diabetiker B mittels Zuführung eines 1/4 kg Zuckers

---

5) nach BAUMGARTEN, Versuch, S. 236

6) nach BAUMGARTEN, Versuch, S. 241 ff.

7) nach v.LISZT, Strafrecht, 21./22.Aufl., S. 199 Anm. 2; v.HIPPEL, Strafrecht, S. 417

überhaupt umbringen konnte, sondern ob man mit Zucker einen lebenden Menschen umbringen kann. Handelte es sich beispielsweise um eine gewisse Dosis Arsen, so ging die Frage nicht dahin, ob ein Milligramm Arsen zur Tötung des gesunden und 30 Jahre alten B geeignet war, sondern ob man überhaupt mit Arsen einen lebenden Menschen töten kann. Wie an diesen Beispielen schon deutlich wird, wurde die generalisierende Betrachtung nicht nur dem Mittel der Tat, sondern auch dem Objekt zuteil.

In der von Mittermaier geprägten Form der älteren objektiven Versuchstheorie war nach einer solchen, den vorstehend angeführten Beispielen entsprechenden Generalisierung nunmehr festzustellen, ob die Ausführungsart bzw. das Mittel oder das Objekt der Tat absolut oder relativ untauglich für die geplante Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges war. Im Falle der absoluten Untauglichkeit handelte es sich nach dieser Auffassung um einen ungefährlichen und daher straflosen Versuch; im Falle der relativen Untauglichkeit war der Versuch hingegen als gefährlich und damit strafbar anzusehen[8]. So wäre z.B. ein mit Tötungsabsicht abgegebener, jedoch fehlgegangener Schuß auf einen lebenden Menschen ein relativ untauglicher Versuch, wohingegen ein absolut untauglicher Versuch - genauer: Versuch am absolut untauglichen Objekt - vorläge, falls das Opfer bei Abgabe des Schusses schon tot war.

---

8) Eine ausführliche Darstellung ist bei BAUMGARTEN, Versuch, S. 233 ff. und bei DELAQUIS, Der untaugliche Versuch, S. 63 ff. und S. 73 ff. zu finden.

Obschon das in der zweiten Variante des vorstehenden Beispiels als nur relativ untauglich anzusehende Mittel - der Schuß - auch als absolut untaugliches Mittel aufgefaßt werden kann, wenn man das Bezugsobjekt -Leiche- hinzudenkt, läßt sich die Differenzierung nach absolut untauglichem Mittel und absolut untauglichem Objekt und damit eine isolierte Betrachtungsweise des Mittels bzw. Objekts halten, sofern man das jeweils außerhalb der Betrachtung liegende Element als taugliches annimmt. Dagegen ist eine Differenzierung nach relativ untauglichem Mittel und relativ untauglichem Objekt, also eine isolierte Betrachtungsweise, genau genommen nicht möglich, da es sich hier, wie der Begriff "relativ" schon besagt, um eine Relation zwischen Mittel und Objekt handelt, demnach das eine auf das andere bezogen ist[9].

Ganz abgesehen von der Fragwürdigkeit der im Einzelfall mit Hilfe der älteren objektiven Versuchstheorie getroffenen Entscheidungen[10], ist diese Theorie, indem sie die absolute bzw. relative Untauglichkeit und damit die Gefährlichkeit ausschließlich ex post feststellen will, als verfehlt anzusehen. Das bedarf nach den Untersuchungen zur Struktur des Gefahrbegriffs im Dritten Teil dieser Arbeit keiner Ausführungen mehr. Wenn es nach dieser Auffassung prinzipiell möglich ist, alle Tatsachen - ob ex ante oder ex post erkannt

---

9) so auch v.HIPPEL, Strafrecht, S.418; vgl. dort auch Anm. 2

10) vgl. dazu die bei STOPFKUCHEN, Fälle des untauglichen Versuchs, S. 37 ff. angeführten Beispiele

bzw. erkennbar - heranzuziehen, so tritt mit der Frage, welche Tatsachen denn noch bzw. nicht mehr in die Generalisierung einzubeziehen sind, die Grenze der Leistungsfähigkeit der älteren objektiven Versuchstheorie deutlich hervor. Denn es ist kein Kriterium dafür ersichtlich, daß ein bestimmter Umstand als genereller eingestuft und daher beachtet werden muß, ein anderer jedoch als Umstand des Einzelfalles zu betrachten und deshalb unbeachtlich ist. Insbesondere bei der Feststellung der absoluten bzw. relativen Untauglichkeit des Mittels zeigt sich die Parallele zur abstrakten Bestimmung der Gefährlichkeit des Werkzeugs in § 223 a und führt hier ebenso zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten wie dort. Zieht man die abstrakten Gefährdungsdelikte als Vergleich heran, so fehlt es bei der Ausfüllung der Risikoerhöhung mit Hilfe der abstrakten Gefährlichkeit an der dort vorliegenden Bestimmtheit einer als abstrakt gefährlich anzusehenden Handlung. Schließlich bleibt unbefriedigend, daß hier trotz Verneinung einer abstrakten Gefährlichkeit bezüglich desselben Sachverhalts eine konkrete Gefährdung vorliegen kann, was bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ausgeschlossen ist[11].

Nach alledem erscheint die abstrakte Gefährlichkeit nicht als leistungsfähiger und brauchbarer Maßstab für die Zurechnung eines Verhaltens aufgrund des Prinzips der Risikoerhöhung und kann daher nicht zur näheren Ausgestaltung dieses Zurechnungsprinzips herangezogen werden.

---

11) ebenso die Kritik v.HIPPELS, Strafrecht, S.418 f.; vgl. auch die Kritik der älteren objektiven Versuchstheorie bei STOPFKUCHEN, Fälle des untauglichen Versuchs, S. 37 ff.

Zweiter Abschnitt

Die konkrete Gefährdung als Maßstab der Risikoerhöhung

1. Die konkrete Gefahr im Sinne der konkreten Gefährdungsdelikte

Die konkrete Gefahr im Sinne der konkreten Gefährdungsdelikte wird wie folgt gekennzeichnet[12]:

> Die konkrete Gefahr muß, da Tatbestandsmerkmal, stets im Einzelfall vorliegen; es müssen alle im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden Tatsachen berücksichtigt werden; maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem ein Rechtsgut - wie auch das Handlungsobjekt - in den Wirkungskreis der Handlung tritt; nomologisch ist das Höchstwissen erforderlich; da tatsächlich ein konkretes Rechtsgut in Gefahr geraten sein muß, liegt der Schwerpunkt auf dem ontologischen Wissen; es handelt sich um eine konkrete Gefährdung.

Wie bereits ausgeführt, liegt eine konkrete Gefährdung als Verwirklichung des Tatbestandes eines konkreten Gefährdungsdelikts erst dann vor, wenn ein individuell bestimmtes, konkretes Rechtsgut[13] in das Wirkungsfeld der vom Täter gesetzten schädlichen Bedingungen tatsächlich gelangt ist und - im Anschluß an Horn[14] - unerklärlicherweise nicht verletzt worden ist, obwohl alles dafür sprach.

---

12) vgl. dazu ausführlicher oben S. 114 ff. der Arbeit

13) im Sinne des oben, S.93 ff.d.A., Ausgeführten

14) vgl. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S.212

Soll der Versuch, die Vorstufe zur Vollendung, als konkrete Rechtsgutsgefährdung aufgefaßt werden[15], so ist dies allein dort möglich, wo der Vollendung des Deliktstatbestandes materiell die Verletzung eines konkreten Rechtsguts korrespondiert, wie es z.B. bei den "klassischen" Erfolgsdelikten Totschlag, Körperverletzung und Sachbeschädigung der Fall ist. Dagegen kann schon nicht der Versuch der Verwirklichung eines konkreten Gefährdungsdelikts als konkrete Rechtsgutsgefährdung aufgefaßt werden, weil mit dem Vorliegen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung schon die Vollendung dieser Delikte gegeben ist. So wäre etwa nach dieser Auffassung für einen Versuch des § 315 c Abs. 1 zu fordern, daß der stark angeheiterte Autofahrer A den soeben überholten B durch "Schneiden" der Fahrspur in eine solche Situation gebracht hat, in der nur eine nicht voraussehbar schnelle Reaktion des B einen von A in Kauf genommenen Unfall verhindert hat. Dann aber liegt bereits die Vollendung des § 315 c Abs. 1 Nr. 1 vor, so daß Versuch bereits in einem früheren Stadium, in dem das Rechtsgut "Körperintegrität des B" noch nicht konkret gefährdet war, gegeben sein muß.

Noch weniger ließe sich am Erfordernis der konkreten Rechtsgutsgefährdung für die Strafbarkeit des Versuchs festhalten, wenn man diejenigen Deliktstatbestände in Betracht zieht, deren Vollendung materiell nur eine abstrakte Rechtsgutsgefährdung darstellt oder sogar - auf die Verletzung eines

---

15) so SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 110, dessen Anregung hier verfolgt wird; vgl. zur gesamten Auffassung Spendels, aaO., S. 99 bis 109

konkreten Rechtsguts bezogen - materiell nur als Vorbereitungshandlung aufgefaßt werden kann. Wollte man hier für den Versuch das Vorliegen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung fordern, so erhielte man das absurde Ergebnis, daß der Versuch materiell über die Vollendung hinausgehen muß. So wäre dann etwa § 267 Abs. 1 1.Alternative vollendet, wenn A eine unechte Urkunde herstellt. Versuch gemäß § 267 Abs. 2 wäre jedoch erst gegeben, wenn A im Prozeß gegen B daran geht, diese Urkunde vorzulegen, weil dann erst das Rechtsgut "Sicherheit des Beweisverkehrs" konkret gefährdet wäre. Demnach könnte es einen Versuch des § 267 Abs.1 in der 1.Alternative gar nicht geben, weil die Vollendung insoweit nur eine abstrakte Rechtsgutsgefährdung darstellt.

Aus alledem wird deutlich, daß die Strafbarkeit des Versuchs nicht auf das Vorliegen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung gegründet werden kann.

2. Die konkrete Gefährdung

Eine andere Frage ist dagegen, ob lediglich die Struktur des Gefahrurteils der konkreten Gefährdungsdelikte übernommen und damit das Prinzip der Risikoerhöhung präzisiert werden kann[16]. Im Unterschied zu den vorstehenden Ausführungen zu 1. kommt es dann nicht mehr darauf an, daß ein Rechtsgut konkret gefährdet ist, sondern es ist allein zu untersuchen, ob - abstrakt besehen - die Vollendung des jeweiligen Deliktstatbestandes in das

16) Vertieft wird hier eine Anregung SPENDELS, der der Ansicht ist, die konkreten Gefährdungsdelikte und der Versuch stimmten bis auf den Vorsatz in der Struktur überein; vgl. Festschrift für Stock, S. 106 Anm. 62

Wirkungsfeld der Handlung des Täters gelangt ist, gleichwohl aber aus unerklärlichen Umständen ausgeblieben ist. Angewendet z.B. auf § 267 Abs.1 in der 2.Alternative steht demgemäß nicht in Frage, ob die Sicherheit des Beweisverkehrs konkret gefährdet ist, sondern lediglich, ob die konkrete Gefahr der Verfälschung einer echten Urkunde besteht.

Zunächst verwundert es nicht, wenn man mit diesem Maßstab im Bereich des Versuchs bei solchen Deliktstatbeständen, bei denen die Verletzung eines Rechtsguts oder die Beeinträchtigung eines Handlungsobjekts der Vollendung zugrunde liegt, immerhin arbeiten kann. Denn indem hier die Vollendung stets zumindest mit einer Objektsbeeinträchtigung einhergeht, drängt sich das Verhältnis Erfolgsdelikt - konkretes Gefährdungsdelikt als Modell für das Verhältnis Vollendung - Versuch geradezu auf mit der Folge, daß der Versuch dann gleichsam als konkretes Gefährdungsdelikt zu begreifen ist. Die Konsequenz daraus wäre, daß dem konkreten Gefährdungsdelikt und dem Versuch ein strukturell gleiches Gefahrurteil zugrunde läge, wenn es auch im einen Falle - konkretes Gefährdungsdelikt - auf eine Rechtsgutsverletzung, im anderen Falle - Versuch - auf die Vollendung des jeweiligen Deliktstatbestandes bezogen wäre. Es darf bei dieser Betrachtung allerdings nicht übersehen werden, da der Maßstab der konkreten Gefährdung hier nur deshalb angewendet werden kann, weil dieser Maßstab vom infrage stehenden Objekt her ansetzt und in der soeben beschriebenen Deliktsgruppe ein solches Objekt tatsächlich vorhanden und beeinträchtigt sein muß, damit eine Vollendung vorliegen kann.

Beispiele dafür sind die §§ 212, 223 und 303, in denen Menschen bzw. Sachen in der tatbestandsmäßigen Form angegriffen werden müssen.

Dagegen versagt dieser Maßstab bei denjenigen Deliktstatbeständen, die schon zur Vollendung lediglich den Eintritt einer konkreten Gefährdung verlangen oder bei denen es zur Vollendung keines Angriffs auf ein bestimmtes Objekt bedarf. Da bei der erstgenannten Deliktsgruppe nicht in Betracht gezogen werden kann, daß schon das Rechtsgut oder das Handlungsobjekt in das Wirkungsfeld der Handlung gelangt ist - denn dann läge schon die Vollendung des Tatbestandes vor -, bliebe nur, auf den Moment abzustellen, in dem die konkrete Gefährdung des Eintritts einer konkreten Rechtsgutsgefährdung besteht. Abgesehen von der sprachlich mißlichen Formulierung, ist nicht ersichtlich, wie überhaupt eine solche Gefährdung festgestellt werden kann, da die Rechtsgutsgefährdung selbst nicht etwas Feststehendes wie die Beschädigung einer Sache ist, sondern ihrerseits von gewissen Kriterien abhängt. Nicht anders verhält es sich bei dem Versuch der Verwirklichung eines solchen Deliktstatbestandes, dessen Vollendung nicht einen Angriff auf ein konkretes Objekt erfordert. Wovon ist etwa bei der Herstellung einer unechten Urkunde gemäß § 267 auszugehen? Ist hier ein nur gedachtes Objekt - die Urkunde - in den Wirkungskreis der Handlung gelangt, wenn der Täter mit dem entsprechenden Vorsatz einen Raum betritt, in dem Papier, Schreibmaschine und Stempel bereitstehen? Wie soll ferner bei einem Tätigkeitsdelikt, wie es z.B. § 154 darstellt, eine konkrete Gefährdung festgestellt werden und was soll hier überhaupt konkret gefährdet sein?

Doch nicht allein bei den vorgenannten Deliktstatbeständen zeigt sich, daß die Struktur des Versuchs nicht mit der Struktur der konkreten Gefährdungsdelikte und damit der Struktur der konkreten Gefährdung übereinstimmt. Wenden wir uns wieder den Verletzungsdelikten zu, zu deren Vollendung ein Angriff auf ein bestimmtes Objekt und dessen Beeinträchtigung erforderlich ist, und betrachten dort den beendeten Versuch, Als Beispiel sei gewählt, daß A dem B nach dem Leben trachtet und ihm eine Zeitzünderbombe per Post zusendet. Nach allgemeinen Grundsätzen liegt ein Versuch der vorsätzlichen Tötung - § 212 oder § 211 - spätestens dann vor, wenn A das Paket im Postamt abgegeben hat[17]. Wollte man in diesem Fall mit dem Maßstab der konkreten Gefährdung arbeiten, so wäre der beschriebene Versuch erst dann gefährlich, wenn B in das Wirkungsfeld der Bombe gelangt. Wird das Paket aber aufgrund der Aufmerksamkeit eines Postbeamten abgefangen und die Bombe entschärft, so hätte nach diesem Maßstab eine Risikoerhöhung für B und damit ein strafbarer Versuch des § 211 oder § 212 nicht vorgelegen. Dieses Ergebnis verwundert nicht, wenn man sich die Struktur des Versuchs und die Struktur der konkreten Gefährdung vergegenwärtigt. Entsprechend der Intention des Gesetzgebers bezüglich der konkreten Gefährdungsdelikte wird bei der Frage nach einer konkreten Gefährdung allein

---

17) vgl. zum beendeten Versuch neuestens ROXIN, Festschrift für Maurach, S. 213 ff., insbesondere S. 226

auf das Ende eines Geschehensablaufes gesehen. Es interessiert allein ein eng umgrenzter Zeitraum, der kurz vor der potentiellen Rechtsgutsverletzung liegt. Das Urteil der konkreten Gefährdung ist hier insofern statisch, als vom Standpunkt des angegriffenen Objekts her die darauf zukommende Handlung bzw. deren Auswirkungen in das Blickfeld rücken. Demgegenüber ist der Versuch dynamisch und vor allem vielgestaltiger, indem er die verschiedenartigsten Sachverhalte umgreift. Die Ausführungshandlung kann hier sowohl örtlich und zeitlich unmittelbar am geschützten Rechtsgut oder zumindest am Handlungsobjekt vorgenommen werden- in der Regel unbeendeter Versuch -, als auch den bloßen Anstoß zu einem dann ablaufenden, mehrere Stationen durchlaufenden Prozeß darstellen - beendeter Versuch -, in dessen Verlauf die Auswirkungen der Handlung des Täters erst am Ende dieses Prozesses in die Nähe des geschützten Rechtsguts oder Handlungsobjekts gelangen können, wie an dem genannten Beispiel deutlich wird. Will man im Rahmen des Versuchs bei einer einheitlichen Bestimmung der vorderen Grenze der Strafbarkeit bleiben, so kann dem nicht eine Betrachtung vom Objekt aus, sondern allein eine Betrachtung, die an der Handlung ansetzt, gerecht werden. Dementsprechend knüpft das Gesetz, heute § 43 und in Zukunft § 22, nicht an das Endstadium des Versuchs, sondern an den Anfang der Ausführungshandlung an, so daß nicht im ersten, sondern im letztgenannten Zeitpunkt die Entscheidung über Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit fallen muß[18].

---

18) zu dem Ergebnis, daß die konkrete Gefährdung dem beendeten Versuch nicht gerecht wird, gelangt auch ROXIN, Festschrift für Maurach, S. 224 ff.

Ist der Gedanke, die konkrete Gefährdung als Maßstab der Risikoerhöhung im Bereich des Versuchs zu verwenden, schon - wie dargelegt - wegen der Strukturverschiedenheit zwischen Versuch und konkreter Gefährdung verfehlt, so ist er auch aus kriminalpolitischen Gründen abzulehnen. Denn bei Zugrundelegung dieses Maßstabs wären im Zeitpunkt des Anfangs der Ausführung die meisten beendeten Versuche straflos, weil in der Regel zu diesem Zeitpunkt das angegriffene Objekt noch nicht in den Wirkungskreis der Handlung des Täters gelangt und damit noch nicht konkret gefährdet ist. Sieht man von diesem Zeitpunkt ab und betrachtet man den gesamten Geschehensablauf, so wären ferner alle beendeten Versuchshandlungen straflos, bei denen ein nicht vorhersehbarer Zufall bewirkt hat, daß ein Glied der vom Täter geplanten Kausalkette seine ihm zugedachte Funktion nicht erfüllt hat und deshalb eine konkrete Gefährdung des angegriffenen Objekts nicht eingetreten ist, mag der Versuch nach herkömmlicher Terminologie auch als tauglich angesehen werden. Des weiteren wären hinsichtlich der Handlungen, die unmittelbar am geschützten Rechtsgut vorgenommen werden, auch von den nach herkömmlicher Terminologie tauglichen nur die gefährlichsten strafbar[19]. Schließlich bliebe auch die Konsequenz, daß der untaugliche Versuch in keiner seiner Erscheinungsformen als konkrete Gefährdung und damit als strafbar angesehen werden kann. Wäre dieser Maßstab, so läßt sich nach alledem festhalten, zutreffend, dann würde die Aufgabe des Strafrechts, der Rechtsgüterschutz, in diesem Bereich unterlaufen, und die Mittel des Strafrechts würden erst dann eingesetzt, wenn es zu spät ist.

---

19) darauf wies schon OEHLER, Das objektive Zweckmoment, S. 112, hin.

Dritter Abschnitt

Die konkrete Gefährlichkeit als Maßstab der Risikoerhöhung

Wie die Untersuchung in den vorausgegangenen Abschnitten erbracht hat, ist weder die abstrakte Gefährlichkeit noch die konkrete Gefährdung als Maßstab der Risikoerhöhung im Rahmen des Versuchs brauchbar. Es liegt deshalb nahe, den gesuchten Maßstab nunmehr in der konkreten Gefährlichkeit zu finden. Dieser Maßstab hätte gegenüber der abstrakten Gefährlichkeit den Vorteil, mehr auf den Einzelfall abzustellen und ihm besser gerecht zu werden, während der Vorzug gegenüber der konkreten Gefährdung darin zu sehen wäre, daß er der Struktur und der Vielgestaltigkeit des Versuchs eher entsprechen könnte und daß hier das Urteil der Gefährlichkeit zu dem Zeitpunkt gefällt wird, in dem das Gesetz den Beginn des Versuchsstadiums einer Tat ansetzt.

Eine solche konkrete Gefährlichkeit, also ein Urteil über die von einer konkreten Handlung ausgehenden Gefahr, begegnete uns bereits im Rahmen der Adäquanztheorie. Wenn auch das Prinzip der Adäquanz als solches aus den oben dargelegten[20] Gründen für den Versuch keine Anwendung finden kann, so ließe sich immerhin der Maßstab dieses Prinzips - die nachträgliche Prognose - zur Feststellung der Gefährlichkeit einer Handlung heranziehen. Dieses Vorgehen erscheint deshalb zulässig, weil der der Adäquanztheorie zugrunde liegende Gedanke - die Zurechenbarkeit eines Erfolges - noch nicht in der mittels der nachträglichen Prognose

---

20) s.o. S. 122 f.d.A.

vorzunehmenden Feststellung der Gefährlichkeit einer Handlung zum Ausdruck kommt. Vielmehr wird dieser Grundgedanke erst bei der Frage offenbar, ob sich die - bereits festgestellte - Gefährlichkeit überhaupt in dem eingetretenen Erfolg niedergeschlagen hat. Ein Beispiel möge das verdeutlichen. Wenn der von A verprügelte B aufgrund der durch die Schlägerei verursachten Verletzungen in ein Krankenhaus eingeliefert wird und dort infolge eines Brandes umkommt, dann wird die Zurechnung nicht deshalb verneint, weil die Schläge des A in Hinsicht auf das Leben des B nicht gefährlich waren - denn das waren sie gewiß -, sondern deshalb, weil diese Gefährlichkeit nicht in einem entsprechenden Erfolg - Tod durch Schläge - umgeschlagen ist, vielmehr ein anderer Erfolg - Tod durch Brand - eingetreten ist. Demzufolge ist die Feststellung der Gefährlichkeit nur der erste - auf die Handlung bezogene - Schritt und stellt lediglich den Anknüpfungspunkt für die weitere Feststellung dar, die dahin geht, ob der eingetretene Erfolg ein Zufallsprodukt der Handlung oder das entsprechende Ergebnis der in der Handlung liegenden Tendenz ist. Dieser zweite - auf den Erfolg bezogene - Schritt macht erst das auf den Versuch nicht anwendbare Anliegen der Adäquanztheorie deutlich, einen bestimmten Erfolg mit der Handlung des Täters zu verknüpfen.

Wie bereits dargelegt wurde[21)], wird die konkrete Gefährlichkeit nach Maßgabe der nachträglichen Prognose wie folgt gekennzeichnet:

---

21) s.o. S. 118 ff. d.A.

> Das Gefahrurteil ist im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zu fällen; als ontologische Basis dienen alle Umstände des Einzelfalls, soweit sie im maßgebenden Zeitpunkt einem sachverständigen Beobachter erkennbar sind; ein eventuell vorhandenes ontologisches Mehrwissen des Täters ist zu berücksichtigen; nomologisch ist das Höchstmaß des menschlichen Erfahrungswissens anzuwenden.

Auf die Gefährlichkeit der Handlung in dem Zeitpunkt, in dem gegenüber der Vorbereitung erstmals Versuch vorliegt, stellt zutreffend die neuere objektive Versuchstheorie ab, die als Maßstab zur Feststellung der Strafbarkeit des Versuchs das vorstehend dargelegte Gefahrurteil nach Maßgabe der nachträglichen Prognose verwendet[22].

Auch dieses Gefahrurteil ist zunächst ein objektives. Wenn demgegenüber Spendel[23] meint, dieses Urteil sei insofern nicht objektiv, als der weitere Verlauf des Geschehens aufdecken könne, daß eine Gefährlichkeit der Handlung zu Unrecht angenommen worden sei, so verkennt Spendel den Unterschied zwischen konkreter Gefährdung und konkreter Gefährlichkeit. Da beide Gefahrurteile einen anderen Bezugspunkt haben und zu einem anderen Zeitpunkt vom konkreten Kausalverlauf abstrahieren, ihnen also ein unterschiedliches ontologisches

---

22) erstmals bei v.LISZT in der 2.Auflage seines Lehrbuchs,nach: v.HIPPEL, Strafrecht, S.425; die wesentliche Ausgestaltung der neueren objektiven Versuchstheorie ist jedoch v.Hippel zu danken; vgl. Strafrecht, S.425 ff.; ZStW 42, 526 ff.; ZStW 47, 56; vgl. weiter auch HENCKEL, Gefahrbegriff, S. 37 ff. m.w.N.

23) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 103 ff., insbesondere S. 105

Wissen zugrunde liegt, findet sich der Grund für die Unterschiedlichkeit der mit diesen Urteilen erzielten Ergebnisse in der anders gearteten Struktur, so daß das Vorliegen der konkreten Gefährlichkeit nichts über das Vorliegen der konkreten Gefährdung besagt, was auch umgekehrt gilt. Somit kann das Fehlen einer konkreten Gefährdung kein Argument für die angeblich fehlende Objektivität der konkreten Gefährlichkeit darstellen. Ebenso ist die Kritik Schmidts[24] zurückzuweisen, nach der die neuere objektive Versuchstheorie Sachverhalte, in denen die Existenz des Objekts fraglich ist[25], fälschlicherweise als gefährlich beurteilt. Wie die Ausführungen Schmidts zeigen[26], stellt auch er auf die konkrete Gefährdung ab, die aus dem dargelegten Grunde nichts für oder gegen das Vorliegen der konkreten Gefährlichkeit aussagt. Im übrigen ist dieses Gefahrurteil auch deshalb ein objektives, weil nicht die Ansicht des Täters, sondern das Urteil eines vernünftigen Dritten, das rational nachprüfbar und nachvollziehbar ist, entscheidet.

Auch als konkretes Gefahrurteil soll die konkrete Gefährlichkeit, folgt man Spendel[27], nicht angesehen werden können. An dieser Kritik ist zunächst so viel richtig, als aufgrund des Bezuges auf die Handlung dieses Gefahrurteils ein gewisses generalisierendes Moment in sich birgt, das sich vor allem

---

24) v.LISZT-SCHMIDT, Strafrecht, 26.Aufl., S.312 Anm. 5
25) z.B. bei der Nichtexistenz einer Leibesfrucht, obwohl alle Umstände für das Bestehen einer Schwangerschaft sprachen.
26) v.LISZT-SCHMIDT, Strafrecht, 26.Aufl., S.312
27) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 104

in der Generalisierung des Ausführungsmittels und des Handlungsobjekts niederschlagen kann. So wäre z.B. in dem Fall, in dem A versuchte, dem B in das rechte Bein zu schießen, unbeachtlich, daß B - äußerlich unerkennbar - eine Prothese trug. Ebenso wäre nicht zu berücksichtigen, daß der Versuch auch deshalb nicht gelingen konnte, weil der Zündkanal der in der Pistole befindlichen Patrone undurchlässig war, so daß der Zündfunke nicht auf den Treibsatz überspringen konnte. Jedoch ist darauf aufmerksam zu machen, daß diese Generalisierung - im obigen Beispiel: lebender Mensch, geladene Pistole - nur eine Folge der Struktur dieses Gefahrurteils und insbesondere die Konsequenz aus der gegenüber der konkreten Gefährdung verkürzten ontologischen Basis ist. Wenn auch nur im Rahmen dieses verringerten ontologischen Wissens, so sind hier allerdings alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, und es ist nicht die Frage zu stellen, ob die Handlung allgemein zur Deliktsverwirklichung geeignet ist, so daß es durchaus gerechtfertigt ist, auch dieses Gefahrurteil als konkretes zu bezeichnen.

Wird dieses Gefahrurteil, indem es auf die Handlung abstellt, auch prinzipiell der Vielgestaltigkeit des Versuchs gerecht, so kann erst eine nähere Betrachtung seiner Grundlagen aufzeigen, ob dieses Gefahrurteil dem Gedanken der Risikoerhöhung gegenüber einem konkreten Rechtsgut Rechnung trägt und zu befriedigenden Ergebnissen führt.

Wenig Schwierigkeiten bereitet zunächst das nomologische Wissen. Das hier erforderliche nomologische Höchstwissen ist, wie anders auch, in Gestalt des Sachverständigen genügend bestimmt und zugleich praktikabel[28].

28) vgl. v.HIPPEL, ZStW 42, 426

Anders scheint es jedoch für den Bereich des zu fordernden ontologischen Wissens zu liegen. Will man hier nicht in "bodenlose Willkür"[29] geraten, so ist zu erörtern, welche Umstände des Einzelfalles Eingang in das anzuwendende ontologische Wissen finden, also dem objektiven, sachkundigen Beobachter erkennbar sind. Entsprechend den Ausführungen v.Hippels sollen alle z.Z. der Tat erkennbaren Tatsachen zu berücksichtigen sein[30], während diejenigen Umstände, die erst durch den weiteren Verlauf aufgedeckt werden, nicht zu beachten seien[31]. Unterzieht man jedoch die von v.Hippel zur Erläuterung verwendeten Beispiele mitsamt den in diesen Beispielsfällen erzielten Ergebnissen einer näheren Untersuchung, so ergeben sich Zweifel an der Leistungsfähigkeit dieser zuerst als recht prägnant erscheinenden begrifflichen Bestimmung der ontologischen Basis.

Allerdings können diejenigen Handlungen, die ihre Untauglichkeit für die Deliktsverwirklichung für jedermann offen erkennen lassen, wie etwa der Schuß mit einer Waffe auf eine Person, die weit außerhalb der Reichweite der Waffe steht, diese Zweifel noch nicht begründen. Fraglich wird es dagegen in den Fällen der "verdeckten" Untauglichkeit. Bei v.Hippel[32] finden wir hierzu etwa, daß der Versuch der Tötung eines anderen Menschen mit einer "zweifellos harmlosen Dosis an Gift oder Sprengstoff" ungefährlich sei; hingegen sei der Versuch des Totschlags mit einem Gewehr auch dann gefährlich, wenn ein Dritter vor dem Abdrücken

---

29) H.MAYER, AT, S. 287
30) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 427
31) aaO., S. 426
32) aaO., S. 429

heimlich die Waffe entladen hat, die Waffe also - für einen Dritten - nur "möglicherweise geladen ist". Die entscheidende Frage lautet hier, was uns dazu berechtigt, die Erkennbarkeit der Untauglichkeit des Mittels im ersten Falle anzunehmen, im zweiten Falle jedoch nicht anzunehmen. Woher und weshalb weiß demnach der objektive Beobachter im ersten Falle, daß die Dosis an Gift nur ein Milligramm oder die Dosis an Sprengstoff nur ein Gramm beträgt, und weshalb weiß er im zweiten Falle nicht, daß das Gewehr ungeladen ist.

Die Möglichkeit einer Untersuchung des Mittels[33] wird man hier ausscheiden müssen, da v.Hippel sonst in beiden Fällen zur Ungefährlichkeit gelangt wäre. Außerdem muß diese Möglichkeit auch deshalb ausscheiden, weil - will man die unterschiedliche Beurteilung aufrecht erhalten - sonst das Ergebnis in der Tat willkürlich wäre. Ebensowenig wird man die Definition der ontologischen Basis bei dem hier interessierenden Gefahrurteil durch v.Hippel dahingehend verstehen dürfen, daß alle bis zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung und im Zeitpunkt der Handlung existenten Tatsachen zu berücksichtigen seien, da dann wiederum die von v. Hippel erzielten Ergebnisse hätten anders ausfallen müssen. Unabhängig davon kann ein solches Tatsachenwissen auch deshalb keine Verwendung finden, weil es mit der ontologischen Basis der konkreten Gefährdung identisch ist, so daß im Ergebnis wieder ein Maßstab gewonnen wäre, der - wie bereits dargelegt[34] - ebenfalls nicht zu befriedigen vermag.

---

33) das gleiche gilt für das Objekt

34) s.o. S. 141 ff. d.A.

Für die Frage, welche Umstände denn nun dem objektiven Beobachter erkennbar bzw. nicht erkennbar sind, scheint jedoch ein Hinweis v.Hippels, nach dem nicht zu berücksichtigen sei, was erst durch den weiteren Verlauf aufgedeckt werde[35], Bedeutung zu gewinnen. Denn dieser Hinweis könnte dahin verstanden werden, daß alle Tatsachen beachtet werden müssen, die nicht nur im Zeitpunkt der Handlung, sondern schon vor diesem Zeitpunkt dem Beobachter erkennbar waren. Gegenüber dem zuvor behandelten Ansatz wären demnach nicht alle, sondern nur die dem Beobachter erkennbaren Tatsachen vor Ausführung der Handlung zu beachten. Beispielsweise würde dann zu berücksichtigen sein, daß ein Dritter vor aller Augen, aber vor dem Erscheinen des Täters die Waffe entladen hat, daß das potentielle Opfer B vor dem Eintreffen des Täters das Haus verlassen hat und ausnahmsweise zu dieser Zeit einmal nicht in seinem Bett schlief usw.

Vergleicht man jedoch diesen Ansatz mit den von v.Hippel erzielten Ergebnissen, so zeigt sich, daß diese Auslegung des Begriffs 'Erkennbarkeit' nicht mit der Auffassung v.Hippels übereinstimmen kann. Das würde jedoch nicht hindern, diesen Gedanken weiter zu verfolgen, um das von v.Hippel nicht näher präzisierte Moment der Erkennbarkeit so auszugestalten, daß von einer willkürlichen Tatsachenberücksichtigung nicht mehr gesprochen werden könnte. Es erweist sich aber, daß dieser Gedanke nicht weiter führt. Denn bei Berücksichtigung aller vor dem Zeitpunkt der Vornahme der Handlung dem objektiven Beobachter erkennbaren Tatsachen wird man in nahezu jedem Fall an einen

35) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 426

Zeitpunkt gelangen, in dem Tatsachen, die zeitlich später "verdeckt" waren, offen gelegen haben. So wird man z.B. an einen Zeitpunkt gelangen, der drei Wochen vor der Handlung lag und in dem der Täter selbst die Waffe entladen hat, dies später nur wieder vergaß. So wird man ferner an den Zeitpunkt gelangen, in dem A, der für B eine Bombe herstellen soll, sich lediglich ein Gramm Sprengstoff beschafft, oder in dem das Opfer - in Abwandlung eines Beispiels bei Horn[36] - sich eine kugelsichere Weste überstreift. Somit geht ein derart gestaltetes Gefahrurteil allmählich in das Gefahrurteil über, das die ontologische Basis der konkreten Gefährdung verwendet, so daß nicht nur die Begehungsweise, sondern mehr und mehr auch das konkrete Angriffsobjekt mit seinen individuellen Eigenschaften in den Blick rücken. Wollte man hier eine Grenze ziehen und für die Frage der Erkennbarkeit nur solche Tatsachen verwenden, die einem objektiven Beobachter - vor allem bei Dritten - örtlich zugänglich sind[37], so hinge die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Versuch letztlich von einem Umstand - der Zugangsmöglichkeit - ab, für dessen Relevanz wiederum kein einleuchtender Grund vorhanden ist.[38]

---

36) HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 168

37) so SALAMON, Vollendete und versuchte Beihilfe, S. 155 f., für das von ihm verwendete Prinzip der Risikoerhöhung

38) anders mag es bei der Beihilfe stehen, jedoch ist das hier nicht zu untersuchen.

Vierter Abschnitt

Die Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit als Maßstab der Risikoerhöhung

1. Grundlagen

Die vorstehenden Ausführungen des Dritten Abschnitts zur neueren objektiven Versuchstheorie haben erkennen lassen, daß es für die Entscheidung der hier interessierenden Frage maßgeblich auf eine zufriedenstellende Bestimmung des dem objektiven Beobachter zugänglichen Tatsachenwissens ankommt. Dem gilt es nunmehr nachzugehen.

Dabei drängt sich zunächst der Gedanke auf, die Bestimmung des dem Beobachter zugänglichen Tatsachenwissens durch von Hippel lediglich zu präzisieren, ohne das Gefahrurteil der neueren objektiven Versuchstheorie zu verändern. Dem steht jedoch folgendes entgegen. Da ein Gefahrurteil um so konkreter wird, je mehr Tatsachen des Einzelfalls Berücksichtigung finden, somit aus dem jeweiligen Umfang - der Quantität - der für ein Gefahrurteil berücksichtigten Tatsachen die geringere oder größere Konkretheit - die Qualität - des Gefahrurteils folgt, bedeutet eine Präzisierung der Tatsachenbasis nicht nur eine Veränderung der Quantität der zu berücksichtigenden Tatsachen, sondern damit zugleich auch eine Veränderung der Qualität des Gefahrurteils. Demzufolge könnte von einer bloßen Präzisierung der v.Hippelschen Lösung genau besehen nicht die Rede sein. Vor allem aber sind Kriterien, die zu einer Präzisierung des Tatsachenwissens führen können, nicht ohne weiteres ersichtlich.

Da nicht nur die Qualität des Urteils im soeben ausgeführten Sinne aus dem Umfang der Tatsachenbasis, sondern umgekehrt auch der Umfang der Tatsachenbasis aus der Qualität des Urteils folgt, zudem der Schwerpunkt der Entscheidung über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf eben diesem Urteil über die Zurechenbarkeit einer Versuchshandlung liegt, soll im weiteren zunächst die Qualität des maßgebenden Urteils bestimmt werden, aus der dann der Umfang des dem objektiven Beobachter zugänglichen Tatsachenwissens abgeleitet werden kann.

Im Hinblick auf die Bestimmung der Qualität dieses Urteils kann eine Rückbesinnung auf die schon herausgearbeiteten Grundlagen weiterführen. Wie bereits dargelegt wurde[39], ruht im Rahmen der Unrechtsbegründung des Versuchs der Schwerpunkt auf dem vom denkbaren Erfolg her beeinflußten Verhaltensunrecht[40]. Allerdings ist dabei als unter dem Gesichtspunkt der fragmentarischen Natur des Strafrechts grundlegendes Moment zu berücksichtigen, daß es im Bereich des Verhaltensunrechts auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes als einzig legitimer Aufgabe des Strafrechts wiederum eine vorrangig kriminalpolitische Frage und Entscheidung ist, ob ein bestimmtes Verhalten - damit auch eine Versuchshandlung - noch oder nicht mehr als strafbar angesehen werden soll[41].

---

39) s.o. S. 59 d.A.

40) zum Verhaltensunrecht im Zeichen eines Strafrechts, dessen erste Aufgabe der Rechtsgüterschutz ist, vgl. RUDOLPHI, Festschrift für Maurach, insbes. S. 69 ff.

41) vgl. STRATENWERTH, AT, S. 185, Rdnr. 684; RUDOLPHI, Festschrift für Maurach, S. 71

Das zeigt sich insbesondere im Bereich der Versuchsstrafbarkeit, da nur bei einem Teil aller im StGB enthaltenen Deliktstatbestände der Versuch für strafbar erklärt worden ist.

Wenn demnach kriminalpolitische Erwägungen im Rahmen des Verhaltensunrechts, zumal im Bereich des Versuchs, eine derart maßgebliche Rolle spielen, so liegt der Gedanke nahe, mit Hilfe dieser Erwägungen innerhalb der denkbaren Bandbreite riskanten Handelns den Punkt zu bestimmen, an dem sich der strafbare Bereich vom straflosen abhebt. Jedoch ist dabei zu berücksichtigen, daß der Bezug zur Rechtsgutsbeeinträchtigung, die im Zweiten Teil dieser Arbeit als das maßgebende Kriterium für die Unrechtsbegründung erkannt wurde, nicht verloren gehen darf, da sonst Verhaltensunrecht nicht mehr gegeben wäre. Die Einbeziehung kriminalpolitischer Erwägungen in den Lösungsvorschlag zur hier interessierenden Frage bietet sich auch bei einer näheren Betrachtung der wesentlichen, zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs vertretenen Auffassungen an. Zunächst wird deutlich, daß es bisher nicht gelungen ist, mit Hilfe eines allein logisch-deduktiven Vorgehens die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zufriedenstellend zu entscheiden. Des weiteren zeigt sich insbesondere anhand der Begründungen der subjektiven Versuchstheorie, daß dort stets kriminalpolitische Erwägungen im Vordergrund standen. So führte einerseits der Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit zwischen Strafe und Tat dazu, auf eine konsequente Einhaltung des grundsätzlichen Standpunktes zu verzichten, um die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs zu erreichen[42]. Andererseits war es wiederum der Ge-

42) Näheres dazu oben S. 23 ff. und S. 42 d.A.

sichtspunkt der Strafwürdigkeit, der den Ausschlag dafür gab, daß - nunmehr mit weitgehend anderer Begründung[43] - die subjektive Versuchstheorie im Ergebnis aufrecht erhalten wurde, obwohl die ursprüngliche Begründung v.Buris sich als unhaltbar erwies[44]. Schließlich ist auch nicht zu verkennen, daß sowohl die subjektive Theorie - etwa im Falle des vorerwähnten abergläubischen Versuchs - als auch die objektiven Versuchstheorien darauf abzielen bzw. -zielten, ein Leitbild des "normalen" Versuchs zu gewinnen, um davon mit dem Ergebnis der Straflosigkeit zumindest die absurden Handlungen abzugrenzen.

Aus der Vielzahl kriminalpolitischer Erwägungen lassen sich im Hinblick auf die hier vorliegende Frage vor allem zwei Aspekte herausschälen: die Strafwürdigkeit und die Verhältnismäßigkeit. Soll jedoch der Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit nicht in ein individuelles, von der Person des Beurteilers nicht ablösbares Empfinden entgleiten, ist für die Strafwürdigkeit ein Bezugspunkt zu finden. Diesen Bezugspunkt sehen wir in der mit der Strafbarkeit des Versuchs verfolgten Intention, also im Sinn und Zweck der Versuchsstrafbarkeit. Im Zeichen des Grundgesetzes kann diese Intention nur dahin gehen, bereits im Vorfeld der Rechtsgutsbeeinträchtigung eine Schranke zu errichten. Durch die Strafdrohung soll der Täter bereits davon abgehalten werden, Handlungen vorzunehmen, die auch nur möglicherweise zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung führen können. Demzufolge ist eine Handlung prinzipiell strafwürdig, die, wenn auch nur in weiterer Zukunft und bei Hinzutreten wei-

---

43) s.o. insbes. S. 9 f. und 15

44) das kommt deutlich in BGH St 11, 268 (271) zum Ausdruck.

terer Umstände, eine Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht als ausgeschlossen erscheinen läßt. Hingegen ist eine Handlung nicht strafwürdig, wenn sie lediglich eine Gebotswidrigkeit darstellt, also unter keinen denkbar möglichen Umständen ein Rechtsgut beeinträchtigen kann. Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch der Aspekt der Verhältnismäßigkeit, der im übrigen als Ausprägung des Rechtsstaatsgebots des Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtliche Kraft besitzt. Angesichts der Strafe mit der möglichen Folge der Einschränkung elementarer Grundrechte wäre eine Sanktion gegenüber Handlungen, die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme offensichtlich nicht die Rechte anderer beeinträchtigen können, unverhältnismäßig. Strafbar kann somit nur eine Handlung sein, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls dahin beurteilt werden kann, daß eine Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht auszuschließen ist.

In die gleiche Richtung führt schließlich auch das Interesse an der Geltung einer Strafnorm, denn die Bestrafung neutraler oder sogar solcher Handlungen, die allgemein als lächerlich und absurd oder als Tat eines Dummkopfes angesehen werden, vermag die Geltungskraft einer Norm eher zu erschüttern als zu stärken.

Bevor mit Hilfe der vorstehenden Ausführungen anhand von Beispielsfällen das maßgebliche Zurechnungsurteil herausgearbeitet werden soll, ist noch auf ein weiteres hinzuweisen. Im Laufe der Diskussion um die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs scheinen zuweilen Emotionen den Blick auf die entscheidenden Umstände des Einzelfalls

verstellt zu haben. Zu denken ist hier etwa an das oft verwendete Beispiel, in dem der Täter in der Meinung, seinen Widersacher vor sich zu haben, auf einen Baumstumpf schießt. In der Tat ist die Handlung bei dieser Beschreibung des Sachverhalts absurd, und sie ist es nicht weniger, wenn man den Sachverhalt dahin präzisiert, daß der Täter sich anläßlich eines Spazierganges im Walde am hellichten Tag bei dem Gedanken an seinen Widersacher derart in Wut steigerte, daß er seinen Gegner in einem nahestehenden Baumstumpf zu erblicken vermeinte und daraufhin schoß. Es mag jedoch zunächst nur als Frage aufgeworfen werden, ob die Beurteilung bei folgender Abänderung des obigen Sachverhaltes ebenso ausfiele: Der Täter schleicht sich in den Garten seines Widersachers B ein, denn er weiß, daß jener zur Dämmerung in den Garten zu treten pflegt. So geschieht es auch jetzt. Der dunkel gekleidete B tritt aus dem Haus, geht einen Gartenweg entlang und biegt um die Ecke dieses Weges zu einem Zeitpunkt, in dem dem Täter die Sicht versperrt ist. Unmittelbar darauf tritt der Täter aus dem Gebüsch hervor, sieht am Rande des Gartenweges im Zwielicht der Dämmerung etwa 10 m vor sich etwas "gerade stehendes Dunkles" und schießt. Ex post stellt sich heraus, daß es nicht B war, der dort stand, sondern daß es sich um einen ca. 1,70 m hohen Baumstumpf handelte, während B im Zeitpunkt des Schusses schon hinter eine abseits der Schußrichtung gelegene Gartenmauer getreten war.

Bei näherer Betrachtung dieser Variante des Beispielsfalles "Schuß auf einen Baumstumpf" zeigt sich zunächst, daß nur ein konkreter Sachverhalt eine sinnvolle Beurteilung ermöglicht. Des weiteren

wird man angesichts dieses Sachverhalts zumindest nicht von vornherein zu dem Ergebnis gelangen, daß im Zeitpunkt des Schusses die Handlung nur als absurd angesehen werden kann. Vielmehr kann die Beurteilung auch dahin gehen, daß es sich hier um einen durchaus "normalen" Versuch handelt. Dann ist allerdings die Frage zu stellen, warum man zu diesem Urteil gelangt. Unter Heranziehung der oben[45)] dargelegten Gedanken zur Strafwürdigkeit und Verhältnismäßigkeit ist diese Frage dahin zu beantworten, daß selbst ein vernünftiger Dritter, wäre er anstelle und in der Stellung des Täters, den Eintritt des vom Täter beabsichtigten Erfolges nicht hätte ausschließen können, weil wegen des Zwielichts vom Standort des Täters aus eben nicht zu erkennen war, ob das "gerade stehende Dunkle" ein Baumstumpf oder aber der dunkel gekleidete B war.

Um das zu verdeutlichen, ist ein anderes, ebenfalls oft verwendetes Beispiel heranzuziehen. A versucht, mit einem Gewehr auf B zu schießen. Dies gelingt nicht, weil - wie sich ex post herausstellt - das Gewehr nicht geladen war. Jedoch ist dieses Beispiel zu wenig konkret, um eine sinnvolle Beurteilung zu ermöglichen. Es soll daher wie folgt präzisiert werden:

Jagdpächter A bemerkt aus seiner Jagdhütte heraus, daß sein Nachbar, Jagdpächter B, wieder einmal in seinem - des A - Revier herumstreift. Voller Wut beschließt A, dem B einen "Denkzettel" zu geben, indem er mit seinem Gewehr dicht am Kopf des B vorbeischießen will. Den Tod des B als Folge eines

45) s.o. S. 159 f. d.A.

Zielfehlers nimmt A dabei billigend in Kauf. A ergreift seine Waffe, die er unmittelbar zuvor gereinigt und dazu auseinandergenommen hatte, legt an und drückt ab. Ein Schuß löst sich jedoch nicht, da A vergessen hatte, das mit Patronen gefüllte Magazin nach dem Zusammensetzen des Gewehrs wieder einzulegen.

Dieser Ausgangsfall läßt sich weiterhin wie folgt variieren:

Als A das Gewehr ergriff, übersah er, daß er, kurz bevor er B bemerkte, das Gewehr reinigen wollte und es deshalb bereits entladen hatte (Variante I).

Oder:

A hatte das Gewehr nach dem Reinigen bereits wieder geladen. Es wurde jedoch, während A den B beobachtete, hinter seinem Rücken vom 12jährigen Sohn des A, der das Gewehr auch einmal auseinandernehmen wollte, wieder entladen (Variante II).

Oder:

Das Gewehr lag zerlegt auf dem Tisch. Deshalb ergriff A den an der Wand lehnenden Drilling seines z.Z. abwesenden Jagdgastes C. Ex post stellte sich heraus, daß C in Abwesenheit des A den Drilling vor dem Abstellen entladen hatte (Variante III).

Werden zur Lösung dieser Beispielsfälle wieder die zu Strafwürdigkeit und Verhältnismäßigkeit angeführten Gedanken herangezogen, so ergibt sich, daß sowohl im Ausgangsfall als auch in der Variante I ein vernünftiger Dritter anstelle und in der Stellung des Täters den Eintritt des Erfolges mit Sicherheit hätte ausschließen können. Denn dem Beobachter wäre bewußt, was der Täter zum Zeitpunkt

der Betätigung des Abzugshebels (noch) hätte wissen müssen, nämlich: daß der Täter selbst das Magazin nicht eingelegt bzw. das Gewehr unmittelbar zuvor entladen hatte. Die Funktionsuntüchtigkeit der Waffe beruhte hier auf einem Umstand, den der Täter selbst herbeigeführt hatte und dessen Existenz ihm lediglich aufgrund seiner - gegebenenfalls nur aktuellen - Unfähigkeit des Erkennens eines offen zutage liegenden Sachverhalts verborgen blieb. Hingegen war in der Variante II auch für einen vernünftigen Dritten anstelle und in der Stellung des Täters das Entladen der Waffe durch den Sohn des A nicht zu erkennen. Demzufolge mußte er von dem ursprünglich erfolgten Laden der Waffe, somit von ihrer Funktionstüchtigkeit ausgehen und könnte deshalb den Eintritt des Erfolges nicht ausschließen. Das gleiche Ergebnis wird bei Beurteilung der Variante III erzielt, da auch hier der Täter angesichts der konkreten Umstände des Sachverhalts selbst dann, wenn er die sorgfältige Beobachtungsgabe eines objektiven Beobachters besäße, nicht wissen konnte, ob der Drilling des Jagdgastes C geladen oder nicht geladen war. Zwar spricht der Umstand, daß jeder sorgfältige Jäger vor dem Abstellen seine Waffe entlädt, für die Funktionsuntüchtigkeit des Drillings. Aber auch dann, wenn C dem A als überaus sorgsamer Jäger bekannt war, wäre ein einmaliges Vergessen des C, die Waffe zu entladen, somit die Funktionsbereitschaft der Waffe und folglich der Erfolgseintritt nicht auszuschließen. Schließlich sei noch ein drittes Beispiel erwähnt, A versucht, dem B gesundheitszerstörende Stoffe dadurch beizubringen, daß er die Phosphorköpfe von sieben Streichhölzern zerreibt und diese Substanz in den für B bereitstehenden Kaffee schüttet[46]. Nach Maßgabe des Urteils eines vernünftigen

---

46) ein ähnlicher Sachverhalt lag der Entscheidung RG St 24, 382 zugrunde.

Dritten anstelle und in der Stellung des Täters ist hier der Eintritt des Erfolges auszuschließen. Ebenso wie im Ausgangsfall und in der Variante I des vorstehenden "Gewehr-Falles" konnte der Versuch aufgrund einer intellektuellen Fehlleistung des Täters von vornherein nicht gelingen. Im Gegensatz zu jenen Fällen beruht hier jedoch die Untauglichkeit nicht auf der Unfähigkeit, offen zutage liegende Umstände zu erkennen, sondern auf der Unfähigkeit, aus einem erkannten und bewußten Sachverhalt den richtigen Schluß zu ziehen. Demnach mangelt es hier dem Täter am zutreffenden Erfahrungswissen, das im vorliegenden Beispiel einen vernünftigen Dritten, der weiß, daß die Zuführung einer aus sieben Streichholzköpfen bestehenden Substanz niemanden zu schädigen vermag, zu dem Ausruf: "Du Dummkopf!"[47] veranlassen würde.

2. Folgerungen

Faßt man nunmehr die aus den vorstehenden Beispielen gewonnenen Ergebnisse zusammen, so läßt sich folgendes festhalten. Eine sinnvolle Beurteilung kann nur an einem Sachverhalt ansetzen, der konkret umschrieben ist. Die Beurteilung muß ferner auf den Einzelfall abstellen. Obwohl diese Forderung bereits von v.Hippel im Rahmen seiner Kritik der älteren objektiven Versuchstheorie erhoben wurde[48], ist dem bisher selbst seitens v. Hippel zu wenig Rechnung getragen worden, wie die in seinem Lehrbuch angeführten Beispiele "Schießen mit einem ungeladenen Gewehr" [49] und "Tötungs-

47) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 428
48) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 419
49) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 429

versuch mit einer zweifellos harmlosen Dosis an Gift oder Sprengstoff"[50] deutlich machen. Demgegenüber vermag erst die Angabe weiterer Tatsachen, die eine Antwort z.B. auf die Fragen: "Warum war das Gewehr nicht geladen?" und: "Unter welchen Umständen hat der Täter ein ungeladenes Gewehr benutzt?" geben, eine sachgerechte Lösung zu ermöglichen. Allerdings ist hervorzuheben, daß mit der zur Beurteilung erforderlichen Angabe der Umstände des Einzelfalles nicht die Folgerung verknüpft ist, daß alle Umstände und damit auch die erst ex post erkannten Tatsachen Eingang in die Urteilsbasis finden müssen. Das bedarf nach den obigen Ausführungen[51] zur konkreten Gefährdung keiner erneuten Begründung. Des weiteren haben die Beispiele, insbesondere der Ausgangsfall sowie Variante I zum "Gewehr-Fall"[52] und der"Streichhölzer-Fall"[53] aufgezeigt, daß eine Anzahl von Versuchshandlungen, die den Begriff "untauglich" erfüllen, auf ein intellektuelles Fehlverhalten des Täters entweder im Bereich des Erkennens oder im Bereich des Wissens zurückzuführen sind. Angesichts dessen, daß innerhalb dieses Fehlverhaltens eine Unterscheidung nicht mehr möglich ist, wie die Abgrenzungsprobleme zum abergläubischen oder irrealen Versuch lehren [54], und daß die auf einem solchen Fehlverhalten beruhende Versuchshandlung, indem sie nicht einmal objektiv sorgfaltswidrig ist, jeden Bezug zur Rechtsgutsbeeinträchtigung

---

50) ebenda

51) s.o. S. 141 ff. d.A.

52) s.o. S. 162 f.d.A.

53) s.o. S. 164 d.A.

54) siehe dazu oben S. 23 ff. d.A.

verloren hat, so ist hier der Punkt erreicht, an dem der Bereich des Absurden beginnt. Hingegen ist unter Einbeziehung der Aspekte der Strafwürdigkeit und der Verhältnismäßigkeit der Bereich des "normalen" Versuchs dort noch gegeben, wo auch ein vernünftiger Dritter anstelle und in der Stellung des Täters, würde er die Ziele des Täters verfolgen, eine Chance zur Erfolgsverwirklichung sähe. Das wäre wiederum dann der Fall, wenn der Eintritt des beabsichtigten Erfolges nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Da mit dieser, auf den Zeitpunkt der Handlung bezogenen Formel des "nicht-ausschließen-könnens" nichts anderes verbunden ist, als daß ein objektiver Dritter den Erfolg als voraussehbar ansehen würde, kann eine Versuchshandlung, die den Eintritt des Erfolges als nicht ausgeschlossen erscheinen läßt, auch als sorgfaltswidrig im Hinblick auf den erstrebten Erfolg bezeichnet und damit das maßgebliche Zurechnungskriterium als Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit gekennzeichnet werden[55].

Indem dieses Kriterium, wie aus den angeführten Beispielen ersichtlich ist, ein Urteil darstellt, das im Einzelfall ex ante über die Handlung des Täters zu fällen ist, scheint es sich allerdings der Struktur nach in nichts von dem Urteil der konkreten Gefährlichkeit im Sinne der neueren objektiven Versuchstheorie zu unterscheiden. Daher soll im folgenden unter Einbeziehung der neueren objektiven Versuchstheorie sowie unter gleichzeitiger Abgrenzung von dieser Auffassung das Ur-

---

55) vgl. zum Zusammenhang der Formel des "nicht-ausschließen-könnens" mit der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 215 ff.

teil der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit weiter herausgearbeitet werden.

Geht man der Kritik an der neueren objektiven Versuchstheorie nach, so stößt man bald auf den Einwand, daß das über eine Versuchshandlung ausgesprochene Urteil "konkret gefährlich" angesichts eines Sachverhalts, in dem etwa die Tauglichkeit des Tatmittels ex ante ungewiß erscheint und ex post nicht gegeben ist - z.B. ungeladenes Gewehr - nur schwer plausibel ist. Mit der Beurteilung eines - ex post betrachtet - von vornherein bestehenden "Unmöglichkeitssachverhalts"[56] als konkret gefährlich wird jedoch nicht nur eine Schwäche dieser Theorie deutlich, sondern es zeigt sich darüber hinaus, daß diese Schwäche auf einem grundlegenden Mißverständnis beruht.

In dem Bestreben, die ältere objektive Versuchstheorie, die aufgrund ihrer abstrakt-generellen Betrachtungsweise sich als unhaltbar erwies, durch eine sachgerechte Lösung zu ersetzen, vertrat vor allem v.Hippel die Auffassung, man müsse einen Sachverhalt nicht abstrakt, sondern konkret betrachten[57]. Das dann gewonnene Gefahrurteil bezeichnete er als konkrete Gefahr[58]. Da v.Hippel einerseits dieses Gefahrurteil von der abstrakten Gefährlichkeit unterschied, andererseits mit der konkreten Gefahr, wie die von ihm erzielten Ergebnisse aufzeigen[59], nicht das Urteil der konkreten Gefährdung gemeint haben konnte, mußte die kon-

---

56) vgl. dazu HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 161 ff.

57) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 419 und passim

58) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 425

59) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 429

krete Gefährlichkeit der Struktur nach zwischen der abstrakten Gefährlichkeit und der konkreten Gefährdung angesiedelt sein. Demzufolge mußte die dem objektiven Beobachter zugängliche Tatsachenbasis gegenüber derjenigen der abstrakten Gefährlichkeit weiter, gegenüber der Tatsachenbasis der konkreten Gefährdung jedoch enger gefaßt sein. Die sich daraus ergebende Frage, wie weit bzw. wie eng denn nunmehr die Tatsachenbasis zu fassen sei, konnte jedoch, wie oben[60)] dargelegt, nicht zufriedenstellend beantwortet werden.

Vergegenwärtigt man sich, daß die Beschaffenheit der Tatsachenbasis untrennbar mit der Qualität des darauf gegründeten Urteils verknüpft ist, so ist allerdings Voraussetzung für die Existenz einer von der neueren objektiven Versuchstheorie angenommenen und damit gegenüber der abstrakten Gefährlichkeit sowie der konkreten Gefährdung selbständigen Tatsachenbasis, daß es die konkrete Gefährlichkeit als selbständigen Typus innerhalb des Gefahrbegriffs überhaupt gibt. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr kann ein Gefahrurteil dem Typus nach entweder nur eine Aussage über einen Zustand treffen, in den ein existentes, individuelles Objekt durch die Handlung des Täters geraten ist - konkrete Gefährdung - oder aber ausschließlich etwas über die Handlung aussagen, ohne dabei ein bestimmtes, existentes Objekt mit all seinen individuellen Eigenschaften im Blick zu haben. Im letzteren Falle handelt es sich jedoch um das Urteil der abstrakten Gefährlichkeit, da von diesem Urteil eben nicht der gesamte, alle vorliegenden Tatsachen umgreifende und deshalb als

---

60) s.o. S. 152 ff. d.A.

konkret zu bezeichnende Sachverhalt erfaßt wird. Berücksichtigt man nunmehr, daß sich innerhalb des Typus "abstrakte Gefährlichkeit" eine generelle und eine individuelle Betrachtungsweise voneinander abschichten lassen, kommt man dem näher, was wohl ursprünglich die Vertreter der neueren objektiven Versuchstheorie mit der Forderung, es sei im Einzelfall die Handlung des Täters ex ante zu betrachten, verfolgt haben. So kann man beispielsweise den Sachverhalt "A versucht, mit dem Gewehr auf B zu schießen" unter dem Gesichtspunkt der abstrakten Gefährlichkeit generell betrachten. Gegenstand der Betrachtung wäre dann das Anlegen und Abdrücken eines Gewehrs. Andererseits läßt sich dieser Sachverhalt auch individuell betrachten, so daß dann das Anlegen und Abdrücken eines bestimmten Gewehres in einer bestimmten Situation in den Blick rückt. Während im ersten Falle stets eine abstrakte Gefährlichkeit der generell beschriebenen Handlung anzunehmen wäre, weil ein Gewehr geladen sein kann, so daß es grundsätzlich als taugliches Mittel eines Totschlags erscheint, kommt es im letzteren Falle auf die Umstände des Einzelfalls an, ob die Handlung als abstrakt gefährlich oder als ungefährlich zu beurteilen ist. Berücksichtigt man nunmehr, daß die abstrakt-generelle Betrachtungsweise der älteren objektiven Versuchstheorie zugrunde lag[61)], so wird deutlich, daß die folgerichtige Durchführung des Ansatzes der neueren objektiven Versuchstheorie - Beurteilung der Handlung im Einzelfall ex ante - nur mit Hilfe einer abstrakt-individuellen Betrachtungsweise geschehen kann. Somit ist bei zutreffender Anwendung dieses Ansatzes über die Handlung des Täters nicht ein der Struktur nach zwischen der konkreten Gefährdung und der abstrakten Gefährlichkeit angesiedeltes Urteil der konkreten Gefährlichkeit zu fällen.

---

61) s.dazu oben S. 135 ff. d.A.

Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Handlung im Einzelfall auch tatsächlich abstrakt gefährlich ist.

Nichts anderes meint jedoch das hier gewonnene Urteil der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit, das demgemäß auch als abstrakte Gefährlichkeit, "angereichert" um die im Einzelfall festzustellende Sorgfaltswidrigkeit[62], bezeichnet werden kann. Es ist demnach im Hinblick auf die jeweilige Versuchshandlung weder die konkrete Gefährlichkeit im Sinne der neueren objektiven Versuchstheorie noch die abstrakt-generelle Gefährlichkeit im Sinne der älteren objektiven Versuchstheorie festzustellen, sondern im Einzelfall zu ermitteln, ob der Täter sorgfaltswidrig in Hinsicht auf den beabsichtigten Erfolgseintritt gehandelt hat. Somit kommt es nicht darauf an, ob beispielsweise das vermeintliche Opfer eines Totschlagsversuchs im Zeitpunkt des Abdrückens der Tatwaffe tatsächlich schon tot war - daher keine konkrete Gefährlichkeit[63] - und somit der Totschlagsversuch einer Leiche galt - daher, weil Leichen absolut untaugliche Objekte einer Tötung sind, auch keine abstrakt-generelle Gefährlichkeit -, sondern ob im Einzelfall vom Standort des Täters aus der schon eingetretene Tod des "Opfers" mit Sicherheit zu erkennen war, so daß der beabsichtigte Erfolgseintritt aufgrund der Handlung des Täters mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

---

62) diese Formulierung geht zurück auf HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 215

63) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 425 Anm. 9

3. Die Feststellung der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit im Einzelfall

Da die entscheidende Frage des hier gewonnenen Urteils dahin geht, ob im Einzelfall die Handlung des Täters, der vorsätzlich einen Deliktstatbestand zu verwirklichen versucht, im Zeitpunkt ihrer Vornahme den Erfolgseintritt als nicht ausgeschlossen erscheinen läßt und sorgfaltswidrig im Hinblick auf den erstrebten Erfolg ist, ist das Verhalten des Täters am Maßstab eines objektiven Beobachters, eines "Sorgfalts-Homunculus"[64], zu messen.

Ob eine Handlung sorgfaltswidrig ist, kann angesichts der konkreten Situation nur vom Standort des Täters aus beurteilt werden. Da damit jedoch nicht der subjektive Standpunkt des Täters im Sinne eines vom Täter selbst zu fällenden Urteils gemeint sein kann, hat sich der objektive Beobachter an die Stelle und in die Stellung des Täters zu versetzen. Ein Beispiel mag das erläutern.

A, der bei 1,4 g/oo Blutalkoholgehalt mit seinem PKW bei einer Geschwindigkeit von 60 km/h bewußt auf der linken Seite einer Bundesstraße in eine unübersichtliche Kurve einfährt, nimmt billigend in Kauf, daß er einen beliebigen Dritten, der ihm entgegenkommen könnte, an Leib und Leben gefährdet. Ex post stellt sich heraus, daß zu diesem Zeitpunkt niemand in der Nähe war.

Wollte man hier den objektiven Beobachter in den Scheitelpunkt der Kurve stellen, so würde er dank seiner Möglichkeit, die jenseits der Kurve liegende Strecke zu übersehen, zu dem Urteil gelangen,

---

64) HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 216

im Hinblick auf ein entgegenkommendes Fahrzeug war die Handlung des A nicht sorgfaltswidrig, da eben tatsächlich kein anderes Fahrzeug gefährdet werden konnte. Ersichtlich würde es sich jedoch in diesem Falle nicht um ein auf die Handlung des A bezogenes Urteil, sondern um das objektsbezogene Urteil der konkreten Gefährdung handeln. Da hier aber die Handlung im Vordergrund steht, ist der Beobachtungsstandort des objektiven Dritten der Platz des A. Von hier aus war allerdings nicht zu erkennen, ob Gegenverkehr herannahte, so daß der objektive Dritte unter Heranziehung des Erfahrungswissens, das u.a. die auf dieser Bundesstraße herrschende Verkehrsdichte umfaßt, zu dem Urteil gelangt, die Gefährdung eines anderen an Leib und Leben oder gar dessen Verletzung sei nicht auszuschließen, somit sei die Handlung des A sorgfaltswidrig. Demzufolge umfaßt das dem Beobachter zugängliche Tatsachenwissen diejenigen Umstände, die vom Standort des Täters aus im Zeitpunkt des Beginns des Versuchsstadiums erkennbar waren, die demnach von einem objektiven Dritten anstelle des Täters erkannt worden wären oder - m.a.W. - die der Täter hätte erkennen müssen. Damit wird - im Gegensatz zur neueren objektiven Versuchstheorie - deutlich, warum der objektive Beobachter um manche Umstände des Einzelfalles weiß, um andere jedoch nicht weiß, warum er also im oben angeführten "Baumstumpf-Fall"[65] den am hellichten Tage abgefeuerten Schuß als auf einen Baumstumpf gerichtet erkennt, während er im Falle des bei Dämmerung abgegebenen Schusses das angegriffene Objekt nicht als Baumstumpf erkennt.

---

[65] s.o. S. 162 d.A.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß mit dieser Bestimmung des dem objektiven Beobachter zugänglichen Tatsachenwissens nur die Fälle gelöst werden können, in denen es auf die Erkennbarkeit von Umständen im Zeitpunkt der Versuchshandlung ankommt. Hingegen bleibt zunächst die Lösung solcher Fälle problematisch, in denen Tatsachen für das Mißlingen eines Versuchs verantwortlich sind, die bereits vor dem Zeitpunkt der Versuchshandlung eingetreten waren. Zu denken ist hier etwa an die Variante I des oben behandelten "Gewehr-Falles"[66] sowie z.B. an den folgenden Sachverhalt.

A versucht, B mit Hilfe einer selbst hergestellten Dynamitbombe umzubringen. Da A glaubt, daß Dynamit bereits beim bloßen Aufschlagen auf einen harten Gegenstand explodiere, verwendet er bei der Herstellung der Bombe keinen Zündmechanismus. Aufgrund dieses Irrtums explodiert die Bombe beim Aufschlagen auf den PKW des B, in dem B sich befindet, nicht.

Da im vorliegenden Beispielsfall aufgrund der Unmöglichkeit, im Zeitpunkt des Versuchs in die Bombe hineinzusehen und den Konstruktionsfehler zu erkennen, ein auf die Erkennbarkeit von Umständen im Zeitpunkt der Handlung gestütztes Tatsachenwissen nicht weiter führt, sondern nur eine abstrakt-generelle Beurteilung des Inhalts ermöglicht, Bomben seien stets gefährlich, da sie explodieren könnten, ist die Tatsachenbasis zu erweitern. Um zu einer abstrakt-individuellen Beurteilung zu gelangen, sind alle Tatsachen bis zum Zeitpunkt der Handlung zu berücksichtigen, soweit sie einem objektiven Beobachter anstelle des Täters erkennbar sind, d.h. soweit sie der Täter

66) s.o. S. 163 d.A.

nicht nur kennt, sondern hätte kennen oder erkennen müssen. Angewandt auf den vorliegenden Beispielsfall, kannte der Täter, da er die Bombe selbst hergestellt hatte, die Konstruktion der Bombe. Demzufolge ist diese Konstruktion auch dem an die Stelle des Täters tretenden Beobachter bekannt. Da er mit Hilfe seines nomologischen Wissens, das dem eines Sachverständigen auf dem Gebiet des Sprengstoffwesens entspricht, mit Sicherheit davon ausgehen kann, daß Dynamit durch bloßes Aufschlagen nicht explodieren kann und somit die Bombe mangels eines Zünders ebenfalls nicht zu explodieren vermag, wird er im vorliegenden Fall die Handlung des A als nicht sorgfaltswidrig beurteilen.

Zur Verdeutlichung mag auch ein weiteres Beispiel dienen.

A will den ihr verhaßten B vergiften. Sie beabsichtigt, sich zu diesem Zwecke 10 Gramm des Pflanzenschutzmittels E 605 zu beschaffen, es in Wasser zu lösen und die Lösung in Pralinen zu spritzen, die sie dem B schenken will. Der von ihr aufgesuchte Apotheker C schöpft jedoch Verdacht und gibt ihr - ohne ein Wort zu sagen - eine äußerlich dem E 605 gleichende Substanz aus Milchzucker. A führt daraufhin ihren Plan aus und schickt die Pralinen an B ab. Da Milchzucker aber nur leicht abführend wirkt, mißlingt ihr Vorhaben.

Würde man angesichts dieses Sachverhalts der Beurteilung nur die dem Beobachter anstelle des Täters im Zeitpunkt der Handlung erkennbaren Tatsachen zugrunde legen, so wäre ihm lediglich bekannt, daß die Täterin Pralinen absendet, die 10 Gramm einer in Wasser gelösten Substanz enthalten, welche die

Täterin für das Pflanzenschutzmittel E 605 hält. Da mit diesem Tatsachenwissen nicht auszuschließen ist, daß die Substanz tatsächlich E 605 - ein für den Menschen hochwirksames Gift - ist, wäre auch der Tod des B nach Genuß der Pralinen nicht auszuschließen, so daß das Absenden der Pralinen als sorgfaltswidrig zu beurteilen wäre. Genau genommen handelte es sich dabei jedoch um eine abstrakt-generelle Beurteilung des Inhalts, daß die Versendung von Gift stets gefährlich ist. Demgegenüber wird eine Beurteilung des Einzelfalles und somit eine abstrakt-individuelle Betrachtung erst möglich, wenn die zeitlich vor der Versuchshandlung liegenden Umstände, soweit sie der Täter kannte oder hätte kennen oder erkennen müssen, für die Beurteilung herangezogen werden. Geht man davon aus, so sind im vorliegenden Beispielsfall die Vorbereitungshandlungen der A zu berücksichtigen. Da aber auch ein objektiver Dritter ohne nähere Untersuchung der Substanz nicht hätte erkennen können, daß die vom Apotheker der A übergebene Substanz Milchzucker war und auch nicht aufgrund der näheren Umstände - etwa dem Verhalten des Apothekers - mit Sicherheit auszuschließen war, daß der A tatsächlich E 605 übergeben worden war, war ferner nicht auszuschließen, daß A dem B mit E 605 gefüllte Pralinen sandte. Da diese Handlung bei Hinzutreten weiterer Umstände - Ankunft der Pralinen bei B, Verzehr der Pralinen - den Tod des B nicht als ausgeschlossen erscheinen läßt, ist die Handlung der A sorgfaltswidrig.

Indem, wie aus den vorstehenden Beispielen ersicht lich ist, die dem objektiven Beobachter zugängliche Tatsachenbasis nicht auf die Erkennbarkeit von Umständen zum Zeitpunkt der Handlung beschränkt, sondern auf die zeitlich davor liegenden Umstände erweitert wird, werden zwei Vorteile erreicht.

Zum einen können mit dem auf dieses Tatsachenwissen gestützten Urteil der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit alle diejenigen Fälle ausgeschieden werden, in denen die Untauglichkeit der Handlung auf einem der Handlung vorausgegangenen, krassen intellektuellen Fehlverhalten des Täters beruht. Zum anderen wird mit dieser Bestimmung der Tatsachenbasis erklärt, was die neuere objektive Versuchstheorie unterstellt: nämlich der Grund dafür, weshalb der objektive Beobachter weiß, daß das vom Täter benutzte Mittel überhaupt eine Bombe bzw. Gift sein kann. Denn es ist zu fragen, wie ohne Heranziehung der einer Handlung vorausgehenden Umstände der objektive Beobachter im Beispiel des Totschlagversuchs "mit einer zweifellos harmlosen Dosis an Gift oder Sprengstoff"[67] zu dem Wissen gelangt, daß das Tatmittel Gift bzw. Sprengstoff ist, wenn im Einzelfall der Täter eine äußerlich nicht signifikante Substanz in den Tee des Opfers schüttet bzw. an das Opfer ein zugeschnürtes Paket absendet.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß die zeitliche Vorverlegung der Erkennbarkeit von Umständen vom Begriff der Sorgfaltswidrigkeit eingeschränkt wird. So wäre es z.B. auch als sorgfaltswidrig zu beurteilen, wenn der Täter im oben dargelegten "Gewehr-Fall"[68] eine Waffe benutzt, die er - wie sich ex post durch das Zeugnis eines Dritten herausstellt - nach der vor längerer Zeit erfolgten, letzten Benutzung selbst entladen hatte. Der Grund für diese Beurteilung ist darin zu sehen,

---

67) v.HIPPEL, Strafrecht, S. 429

68) s.o. S. 162 d.A.

daß selbst ein Dritter mit dem einem Menschen bestmöglichen Gedächtnis sich nach längerem Zeitablauf nicht mehr mit einer jeden Zweifel ausschließenden Sicherheit an einzelne Begebenheiten zu erinnern vermag, so daß ein Vergessen insoweit keine intellektuelle Fehlleistung darstellt, sondern auf den dem Menschen von der Natur gesetzten Grenzen beruht.

Nach alledem ist die Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit wie folgt zu ermitteln. Entscheidend ist das Urteil eines objektiven Dritten - "Sorgfalts-Homunculus" - im Einzelfall. Für das diesem Dritten zugängliche Tatsachenwissen sind im Regelfall alle im Zeitpunkt der Handlung ihm anstelle und in der Stellung des Täters erkennbaren und somit diejenigen Umstände heranzuziehen, die der Täter kannte oder hätte kennen bzw. erkennen müssen. Sofern es auf Tatsachen ankommt, deren Eintritt der Versuchshandlung zeitlich vorausging, so sind diese Tatsachen ebenfalls zu berücksichtigen, soweit sie wiederum einem objektiven Beobachter anstelle und in der Stellung des Täters erkennbar waren oder bekannt sein konnten, d.h. soweit sie der Täter kannte oder hätte kennen bzw. erkennen müssen. Für das dem objektiven Dritten zugängliche Erfahrungswissen sind alle Erfahrungssätze heranzuziehen, die einem Sachverständigen auf dem betreffenden Gebiet bekannt sind. Ergibt sichnach dem auf dieses ontologische und nomologische Wissen gestützte Urteil des Dritten, daß der Eintritt des beabsichtigten Erfolges und damit die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, so ist die Versuchshandlung sorgfaltswidrig.

Fünfter Abschnitt

Zusammenfassung und Ergebnis des Vierten Teils

Bei der Auseinandersetzung mit der älteren objektiven Versuchstheorie, mit dem Ansatz Spendels und mit der neueren objektiven Versuchstheorie ist deutlich geworden, daß diese Auffassungen die Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht befriedigend zu lösen vermögen. Die ältere objektive Versuchstheorie ist vor allem deshalb verfehlt, weil sie den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt abstrakt-generell und ex post betrachtet[69]. Der Lösungsvorschlag Spendels, der den Versuch als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestalten will, ist insbesondere deshalb nicht sachgerecht, weil er die Vielgestaltigkeit des Versuchs sowie die Abhängigkeit des Versuchs vom jeweiligen Deliktstatbestand außer acht läßt[70]. Schließlich vermag auch die neuere objektive Versuchstheorie nicht zu überzeugen, da sie fälschlich von einem eigenständigen, zwischen der konkreten Gefährdung und der abstrakten Gefährlichkeit liegenden Typus der konkreten Gefährlichkeit ausgeht und im Einzelfall eine zufriedenstellende Erklärung für das dem objektiven Beobachter zugängliche Tatsachenwissen nicht geben kann[71].

Demgegenüber ist auf der Grundlage des im Zweiten Teil dieser Arbeit herausgearbeiteten objektiven Ansatzes[72] die Frage nach der Strafbarkeit des

---

69) Näheres dazu s.o. S. 135 ff. d.A.

70) Näheres dazu s.o. S. 141 ff. d.A.

71) das wurde oben S. 169 ff. sowie S. 153 ff. d.A. näher ausgeführt

72) s.o. S. 93 ff. d.A.

untauglichen Versuchs mit Hilfe des Zurechnungsprinzips der Risikoschaffung oder -erhöhung[73] zu beantworten. Demzufolge ist ein untauglicher Versuch zurechenbar und folglich strafbar, wenn die Versuchshandlung im Hinblick auf die Verwirklichung eines bestimmten Deliktstatbestandes als riskant zu beurteilen ist. Ob das der Fall ist, ist anhand des Maßstabes der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit zu ermitteln, die wiederum mit Hilfe eines gedachten objektiven Beobachters anstelle und in der Stellung des Täters festzustellen ist. Stellt sonach dieser Beobachter im Einzelfall mittels eines Tatsachenwissens, das alle bis zum und im Zeitpunkt der Handlung vorliegenden Tatsachen umfaßt, soweit sie diesem Beobachter anstelle und in der Stellung des Täters erkennbar waren oder bekannt sein konnten, und eines Erfahrungswissens, das die einem Sachverständigen auf dem betreffenden Gebiet bekannten Erfahrungssätze umfaßt, fest, daß die Verwirklichung eines bestimmten Deliktstatbestandes und damit die Gefährdung oder Beeinträchtigung eines konkreten Rechtsgutes nicht mit Sicherheit auszuschließen ist, so ist die Versuchshandlung sorgfaltswidrig, daher riskant, und der Versuch ist strafbar.

Nach diesem Urteil der Verletzungs-Sorgfaltswidrigkeit als Maßstab des Prinzips der Risikoschaffung oder -erhöhung stellen alle sog. tauglichen Versuchshandlungen ein riskantes Handeln dar und sind damit strafbar. Ferner sind ebenfalls solche sog. untauglichen Versuchshandlungen strafbar, die nur aus Zufall nicht zum Erfolg geführt haben. Hierzu zählen zum einen diejenigen Fälle, in denen von

---

73) s.dazu S. 125 ff. d.A.

der Position des Täters aus selbst einem maximal ausgestatteten Dritten die Aussichtslosigkeit des Erfolgseintrittes nicht mit Sicherheit erkennbar war. Zum anderen zählen hierzu auch jene Fälle, in denen der Täter zur Beschaffung oder Anfertigung des Tatmittels sich nicht offensichtlich unfähiger Dritter bedient oder auf Tatmittel zurückgreift, derenFunktionsuntüchtigkeit ihm nicht oder gegebenenfalls nicht mehr bekannt sein kann. Denn in diesen Fällen gibt der Täter das Geschehen teilweise aus der Hand und geht bewußt das Risiko ein, daß das Tatmittel zur beabsichtigten Verwendung geeignet ist. Keine Risikoschaffung oder -erhöhung stellen schließlich solche Versuchshandlungen dar, deren Untauglichkeit auf einem erheblichen intellektuellen Fehlverhalten des Täters im Bereich des Kennens oder Erkennens von Umständen beruht.

FÜNFTER TEIL

ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

Erster Abschnitt

Die Vereinbarkeit des dargelegten Prinzips der Risikoerhöhung mit den §§ 22, 23 des 2.StRG

1. Die Auslegung der §§ 22, 23 des 2.StRG

Nach § 22 StRG[1] versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Deliktstatbestandes unmittelbar ansetzt. Da es danach wesentlich auf die Vorstellung des Täters von der Tat ankommt, ist der Begriff des Versuchs nach dem 2.StRG ein teilweise subjektiver. Auf der anderen Seite ist jedoch ebenso festzuhalten, daß es im Rahmen des notwendig subjektiven Tatplans nicht auf die Ansicht des Täters ankommt, ob das Versuchsstadium erreicht ist. Vielmehr gewährleistet der Begriff des unmittelbaren Ansetzens eine objektive Betrachtung der Ausführungshandlung daraufhin, ob noch eine Vorbereitung oder schon ein Versuch vorliegt, und beugt damit einer subjektiven Ausuferung des Versuchsbegriffs vor[2].

Wie auch aus der Überschrift zu § 22 hervorgeht, ist mit der Definition des Versuchsbegriffs die Entschei-

---

1) im folgenden sind §§ ohne Gesetzesangabe solche des 2.StRG

2) so auch MAURACH, AT, S. 499; treffend meint DREHER, 35.Aufl., § 22 Anm. 5., die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch werde vom Gesetz durch eine "subjektiv-objektiv gemischte Methode" vorgenommen; im gleichen Sinne RUDOLPHI, Kommentar, § 22 Rdnr. 8 m.w.N.

dung über die Strafbarkeit noch nicht gefallen, also die Frage nach dem Begriff des Versuchs nicht mit der Frage nach der Strafbarkeit desselben identisch. Vielmehr resultiert eine Aussage über die Strafbarkeit des Versuchs erst aus dem Ineinandergreifen des § 22 mit § 23, hier insbesondere mit Absatz 3. Besieht man diesen Absatz des § 23 jedoch näher, so ist zunächst unklar, was als "grober Unverstand" anzusehen und was unter einem Versuch zu verstehen ist, der "überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte".

Bei der Betrachtung des Merkmals "grober Unverstand" ließe sich daran denken, daß hier das Kriterium für die Abgrenzung des tauglichen Versuchs vom untauglichen Versuch zu finden ist, mit dem der Gesetzgeber eine Abstufung der Rechtsfolge nach vorzunehmen sucht. Insoweit liegt es nach dem Gesetzestext nahe, zur Abgrenzung auf die ältere objektive Versuchstheorie zurückzugreifen und mit ihr die Fälle der absoluten Untauglichkeit der Privilegierung des § 23 Abs. 3 zuzuordnen. Dafür scheint auch die amtliche Begründung zu § 23 Abs. 3 zu sprechen, denn danach ist hinsichtlich einer Privilegierung an diejenigen Fälle gedacht worden, in denen nicht einmal eine abstrakte Gefährdung bestand[3]. Wie jedoch bereits dargelegt wurde[4], kann mit der älteren objektiven Versuchstheorie allerdings nicht gearbeitet werden, da sie weder das Wesen des Versuchs trifft, noch eine klare und sachgerechte Unterscheidung zwischen "absolut untauglich" und "relativ untauglich" bereit hält [5].

---

3) vgl. BT-Drucksache V/4095, S. 12; vgl. dazu ROXIN, JuS 1973, 330, der mit Recht daran zweifelt, daß die vom Sonderausschuß zur Erläuterung angeführten Beispiele eine Klärung dessen, welche Fälle von § 23 Abs. 3 erfaßt sein sollen, erleichtern.

4) s.o. S. 135 ff. d.A.

5) so wird denn auch trotz des Textes des § 23 Abs.3 die Anwendung der älteren objektiven Theorie nirgends vertreten.

Ebensowenig kann nunmehr die Abschichtung des aus grobem Unverstand begangenen Versuchs, der "überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, mit Hilfe der neueren objektiven Versuchstheorie vorgenommen werden[6]. Dem steht entgegen, daß anderenfalls entgegen der Absicht des Sonderausschusses die abstrakt gefährlichen Versuchshandlungen der Privilegierung des § 23 Abs. 3 unterworfen wären. Selbst wenn man sich aber über die Auffassung des Sonderausschusses hinwegsetzte, verbleibt der Einwand, daß der Maßstab der neueren objektiven Versuchstheorie - Beurteilung durch einen objektiven, sachverständigen Dritten - nicht der des Gesetzes ist. Denn als grob unverständig kann nicht lediglich diejenige Versuchshandlung bezeichnet werden, die erforderlichenfalls erst ein Sachverständiger als nicht zur Vollendung geeignet zu beurteilen in der Lage ist, sondern bereits eine solche Handlung, deren Untauglichkeit jedem "unvorgebildeten Normalbürger offenkundig"[7] ist, so daß er sich "an den Kopf fassen und ausrufen" würde: "Wie ist so etwas nur möglich!"[7].

Demnach wird man mit einer im Vordringen befindlichen Meinung[8] als Versuch, der aus grobem Unverstand nicht zur Vollendung führen konnte, nur einen solchen ansehen können, der seine Ungeeignetheit zur Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolges gleichsam auf der Stirn trägt[9], d.h. dessen mangelnde Eignung "von jedem normal denkenden Menschen ohne weiteres erkannt werden kann und vom Täter nur aus besonderer Dummheit

---

6) so aber MAURACH, AT, S. 517; GÖSSEL, GA 1971, 228

7) ROXIN, JuS 1973, 331

8) BOCKELMANN, AT, S. 196 f.; DREHER, 35.Aufl., § 23 Anm. 4) B.; LACKNER-MAASSEN, 9.Aufl., § 23 Anm. 3; PETTERS-PREISENDANZ, 29.Aufl., § 23 Anm. 6.a); ROXIN, JuS 1973, 330 f.; RUDOLPHI, Kommentar, § 23 Rdnr. 7

9) in Anlehnung an die Evidenztheorie zur Unterscheidung fehlerhafter Verwaltungsakte nach bloßer Aufhebbarkeit und Nichtigkeit; vgl. BVerwGE 11, 109,196.

verkannt worden ist"[10]. Daraus folgt, daß § 23 Abs. 3 auf die törichsten aller untauglichen Versuchshandlungen abzielt, mithin nicht eine Abgrenzung des tauglichen vom untauglichen Versuch, sondern die Abschichtung des untauglichsten vom untauglichen Versuch erfolgen muß, um den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 abstecken zu können[11].

Gleichwohl bleiben auch dann noch Fragen offen. Zweifelhaft erscheint bereits, ob das Merkmal "grober Unverstand" nur vorliegt, wenn der Täter völlig abwegige Vorstellungen von naturgesetzlichen Zusammenhängen[12] oder - allgemeiner ausgedrückt - von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen[13] hat.

Wenn auch das Wort "Unverstand" dafür einen Anhalt gibt, so kann als grob unverständig auch ein Fehlverhalten bei der Erkennung der Tatsituation, also ein krasser Irrtum im Bereich des ontologischen Wissens, bezeichnet werden[14]. Insoweit ist etwa im Hinblick auf den allseits verwendeten Schulfall[15] des Schusses mit einer Pistole auf ein 5000 Meter hoch fliegendes Flugzeug nicht einzusehen, weshalb der - nomologische - Irrtum über die Tragfähigkeit der Waffe anders behandelt werden soll als der - ontologische - Irrtum über die Entfernung (Höhe) des Flugzeugs vom Täter, falls dieser die Höhe des Flugzeuges nur auf 100 Meter schätzt.

Überdies führt eine Beschränkung auf Fehlvorstellungen im Bereich gemeinhin bekannter Ursachenzusammen-

10) RUDOLPHI, Kommentar, § 23 Rdnr. 7 unter Hinweis auf BGE 70 IV 50; vgl. auch STRATENWERTH, AT, S.196 Rdnr. 738, der ebenfalls auf die "jedermann", also nicht erst durch besondere Sachkunde erkennbare Ungeeignetheit der Versuchshandlung abstellt.
11) ebenso BOCKELMANN, AT, S. 197
12) LACKNER-MAASSEN, 9.Aufl., § 23 Anm. 3 d); ROXIN, JuS 1973, 331
13) E 1962, S. 145; DREHER, 35.Aufl., § 23 Anm. 4) B.; PETTERS-PREISENDANZ, 29.Aufl., § 23 Anm. 6. a)
14) a.A. ROXIN, JuS 1973, 331
15) vgl. statt vieler RUDOLPHI, Kommentar, § 23 Rdnr. 7

hänge zu einer abstrakten Betrachtungsweise, wie sie der älteren objektiven Versuchstheorie zugrunde lag. Dies ist jedoch, was hier[16] keiner weiteren Ausführungen bedarf, verfehlt, denn die entscheidende Frage lautet nicht etwa, ob Himbeersaft allgemein als Tatmittel eines Totschlags brauchbar ist, sondern - konkret - ob der Täter den ohne Medikamente daliegenden Diabetiker A durch Einflößen konzentrierten Himbeersafts umbringen kann.

Des weiteren nötigt die Reduzierung des § 23 Abs. 3 auf die törichsten aller untauglichen Versuchshandlungen nicht nur zur Abgrenzung vom "normal" untauglichen Versuch, sondern - bei vorausgesetzter Straflosigkeit des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs[17] - auch zur Unterscheidung zwischen irriger Annahme realer Kräfte und irriger Annahme irrealer Kräfte[18]. Daß diese Unterscheidung bisher nicht gelöste Schwierigkeiten bereitet, ist an anderer Stelle bereits ausgeführt worden[19]. Hier mag es daher mit dem Hinweis auf die sich darüber hinaus erhebende, bisher nicht beantwortete Frage sein Bewenden haben, ob denn ein relevanter Unterschied zwischen dem Abtreibungsversuch durch Genuß von Himbeersaft und dem Versuch der Abtreibung durch Beschwören böser Geister besteht[20], mithin der Hinweis darauf, weshalb die Verwendung von Himbeersaft - etwas zweifellos Reales - als Abtreibungsmittel nicht ebenso irreal ist wie Beschwörungen.

---

16) siehe dazu bereits o. S. 135 ff. d.A.

17) dazu wird sogleich Stellung genommen.

18) vgl. insbesondere RUDOLPHI, Kommentar, § 23 Rdnr. 8

19) s.o. S. 23 ff., insbes. S. 26 f. d.A.

20) so aber RUDOLPHI, Kommentar, § 23 Rdnr. 8; GÖSSEL, GA 1971, 233 ff.

Damit ist bereits die ebenfalls durch § 23 Abs. 3 aufgeworfene Frage nach der Strafbarkeit des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs angesprochen. Folgt man der amtlichen Begründung zu § 27 Abs.3 des E 1962[21], auf den der jetzige § 23 Abs. 3 zurückgeht[22], so scheint der abergläubische bzw. irreale Versuch als straflos von den §§ 22, 23 nicht erfaßt zu werden, wenn dies auch nur "in der Regel" der Fall sein soll. An anderer Stelle heißt es jedoch, daß eine Bestrafung jedenfalls dann angezeigt sei, wenn in der Versuchshandlung ein erheblicher verbrecherischer Wille zutage trete, der eine Wiederholung des Versuchs mit tauglichen Mitteln befürchten lasse[23]. Mithin liegt der Schluß nahe, daß der abergläubische bzw. irreale Versuch nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich strafbar sein soll und lediglich durch Anwendung des § 23 Abs. 3 privilegiert wird[24].

Dagegen spricht allerdings, daß angesichts der mit dem 2.StRG verfolgten Reformbestrebungen die Annahme wenig wahrscheinlich ist, der Gesetzgeber habe einen bis dahin nach fast einmütiger Auffassung straflosen Fall nunmehr, wenn auch mit der durch § 23 Abs. 3 gegebenen Privilegierung, grundsätzlich bestraft wissen wollen[25]. Gleichwohl kann nicht übersehen werden, daß in der Regel auch im Falle des abergläubischen Versuchs ein Ansetzen des Täters nach seiner Vorstellung von der Tat i.S.d. § 22 vorliegt und daß es sich dabei um einen Versuch handelt, der aus grobem Unverstand überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, mag auch im Einzelfall kein Wollen, sondern nur ein Hoffen oder

---

21) E 1962, S. 145; ähnlich auch AE, S. 65

22) so auch ROXIN, JuS 1973, 331

23) E 1962, S. 144

24) vgl. ROXIN, JuS 1973, 331; RUDOLPHI, Kommentar, § 22, Rdnr. 34 und 35

25) ebenso RUDOLPHI, Kommentar, § 22 Rdnr. 35

Wünschen gegeben sein, somit der Vorsatz fehlen[26]. Demzufolge schließt der Gesetzestext die grundsätzliche Strafbarkeit des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs nicht aus[27]. Daher bleibt nur, um wie bisher den abergläubischen bzw. irrealen Versuch straflos zu lassen, die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der §§ 22, 23 teleologisch einzuschränken[28], was grundsätzlich, zumal auf der Grundlage der mehr und mehr vordringenden Eindruckstheorie[29], wenig Schwierigkeiten bereitet, da das Verhalten des Täters in der Tat nicht Besorgnis, sondern Mitleid erregt. So sehr dem im Ergebnis auch zugestimmt werden kann, so ist nicht außer Acht zu lassen, daß - wie schon angesprochen wurde - die Beschränkung der prinzipiellen Straflosigkeit auf die Fälle des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs willkürlich ist, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß eine Abgrenzung zu ähnlich törichten Versuchshandlungen nicht möglich erscheint und diese anderen, törichten Versuchshandlungen sowohl im Hinblick auf die ihnen ebenfalls fehlende Gefährlichkeit als auch hinsichtlich des von ihnen hervorgerufenen Eindrucks den Fällen des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs vergleichbar sind.

Auch die nähere Bestimmung eines Versuchs, der "überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte", bleibt nach dem Gesetz im unklaren. Mit dieser Formulierung ist entgegen den Intentionen des Gesetzgebers keineswegs sichergestellt, daß auch eine abstrakte Gefährdung nicht vorliegen dürfe, wenn § 23 Abs. 3 Anwendung

26) vgl. DREHER, 35.Aufl., § 23 Anm. 4 A; daß dies jedoch nicht in allen Fällen angenommen werden kann, wurde an anderer Stelle bereits ausgeführt; s.o. S. 24 f. d.A.

27) So sind denn auch BAUMANN, AT, 7.Aufl., S.521; JESCHECK, AT, S. 402, und STRATENWERTH, AT, Rdnr.741, der Auffassung, § 23 Abs. 3 eröffne nunmehr die Möglichkeit der Bestrafung des irrealen Versuchs.

28) So und mithin gegen die Strafbarkeit des abergläubischen Versuchs: RUDOLPHI, Kommentar, § 22 Rdnr. 35; ROXIN,JuS 1973,331; MAURACH,AT,S.510; LACKNER-MAASSEN,9.Aufl, § 22 Anm. 2.b);DREHER, 35.Aufl.,§ 23 Anm. 4)A.; PETTERS-PREISENDANZ,29.Aufl.,§ 23 Anm. 4; GÖSSEL, GA 1971, 233

29) siehe dazu oben S.78 ff.d.A.; alle in Anm. 28) Genannten beziehen sich insoweit auf die Eindrucks-

finden soll[30]. Fest steht allein, daß diese Vorschrift nicht auf solche Versuchshandlungen anwendbar ist, die eine konkrete Gefährdung im Sinne der Struktur der konkreten Gefährdungsdelikte darstellen[31]. Dagegen können, folgt man der zur Auslegung des Merkmals "grober Unverstand" vertretenen Auffassung[32] nicht, die Fälle der im Einzelfall festgestellten abstrakten Gefährlichkeit durchaus von § 23 Abs. 3 erfaßt werden, denn es sind hier genügend Versuchshandlungen denkbar, die trotz der ihnen anhaftenden abstrakten Gefährlichkeit ex post besehen niemals zur Vollendung führen konnten[33].

Nach allem kann die Neufassung der Versuchsregelung im 2.StRG nur als mißglückt bezeichnet werden[34]. Infolge der mangelnden Präzision bei der Begriffsbildung und der Angabe verfehlter Beurteilungskriterien in der Begründung zu den §§ 22 und 23 bleibt weitgehend ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen § 23 Abs. 3 Anwendung findet, d.h. in welchen Fällen der untaugliche Versuch stets strafbar bzw. nur fakultativ strafbar oder straflos ist.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß die Intention des Gesetzgebers, nach der die subjektive Versuchstheorie gesetzlich verankert werden sollte[35], im 2.StRG zum Ausdruck gekommen ist. Dies wird vor allem aus der Rechtsfolge deutlich, die § 23 Abs. 3 anordnet. Wenn danach auch das Absehen von Strafe an

---

30) ebenso GÖSSEL, GA 1971, 227

31) vgl. dazu o.S. 114 ff. und S. 141 ff.d.A.

32) s.o. Anm. 8)

33) Erinnert sei hier an die oben S. 162 ff.d.A. dargestellten "Gewehr-Fälle"

34) so MAURACH, AT, S. 505 und S. 517; GÖSSEL, GA 1971, 227

35) vgl. BT-Drucks. V/4095, S. 11

erster Stelle zu finden ist und daher wohl den Regelfall darstellen soll[36], so bleibt doch hier die Möglichkeit der bloßen Strafmilderung. Damit ist aber klargestellt, daß jedenfalls zunächst jedes Vorhaben, das begrifflich als Versuch im Sinne des § 22 qualifiziert werden kann, strafbares Unrecht darstellt[37].

2. Ist das Prinzip der Risikoerhöhung mit den §§ 22 und 23 des 2.StRG vereinbar?

Nach dem zuvor Ausgeführten bedarf es kaum einer Darlegung, daß die hier vertretene Auffassung mit den §§ 22 und 23 nicht vereinbar ist.

Dem steht bereits der Ausgangspunkt der hier vertretenen Auffassung entgegen, denn nach diesem Prinzip ist nicht schon - so aber die §§ 22, 23 - jede vorsätzliche, als Versuch i.S.d. § 22 zu qualifizierende, sondern nur eine riskante Handlung strafbares Unrecht. Dieser Ausgangspunkt hat zur Folge, daß Versuchshandlungen, die nicht als riskantes Handeln beurteilt werden können, zwingend Straflosigkeit und damit im Falle eines Strafverfahrens den Freispruch des Täters nach sich ziehen, während selbst bei Absehen von Strafe i.S.d. § 23 Abs. 3 der Täter schuldig zu sprechen ist[38]. Auch dieser Umstand zeigt, daß die hier vertretene Auffassung dem § 23 Abs. 3 nicht entspricht. Dies gilt um so mehr, als nach dem hier vertretenen Prinzip eine bloße Strafmilderung, wie sie § 23 Abs. 3 neben dem Absehen von Strafe vorsieht, von vornherein nicht in Betracht kommt.

---

36) vgl. BT-Drucks. V/4095, S. 12

37) ebenso MAURACH, AT, S. 509; ROXIN, JuS 1973, 330

38) DREHER, 35.Aufl., § 23 Anm. 4) C.

Somit ist festzuhalten, daß das Prinzip der Risikoschaffung oder -erhöhung lediglich das gleiche Endziel - die Abgrenzung von Versuchshandlungen, die auf einem erheblichen intellektuellen Fehlverhalten des Täters beruhen - verfolgt wie die §§ 22 und 23, hier insbesondere § 23 Abs. 3. Hingegen besteht ein erheblicher Unterschied sowohl im Hinblick darauf, wie dieses Ziel zu erreichen ist, als auch insoweit, welche Rechtsfolge an eine auf "grobem Unverstand" beruhende Handlung zu knüpfen ist.

Zweiter Abschnitt

Ergebnis, Schlußbetrachtung und Gesetzesvorschlag

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten, daß die Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht isoliert, sondern nur mit Hilfe einer generellen Bestimmung des strafrechtlich erheblichen Unrechts gelöst werden kann. Hier wiederum kann unter der Herrschaft des GG ein menschliches Verhalten nur dann unrechtmäßig sein, wenn es ein konkretes Rechtsgut gefährdet oder verletzt. Im Rahmen einer Gefährdung, also im Bereich des Verhaltensunrechts, liegt die unterste Grenze für die Rechtswidrigkeit des Versuchs dort, wo die Ausführungshandlung eine nicht mehr sozialadäquate Schaffung oder Erhöhung eines Risikos für das konkrete Rechtsgut darstellt. Zugleich ist zu beachten, daß es in diesem Bereich auch eine kriminalpolitische Frage ist, ob und inwieweit hier ein Verhalten noch als strafbar angesehen werden soll.

Unter Berücksichtigung dessen geht die hier vertretene Auffassung dahin, daß ein Versuch dann rechtswidrig und damit strafbar ist, wenn bei unvoreingenommener und sachkundiger Betrachtung nicht auszuschließen ist, daß

ein bestimmtes vorsätzliches Verhalten, das begrifflich einen Versuch darstellt, den angestrebten Deliktstatbestand verwirklichen und somit ein konkretes Rechtsgut gefährden oder verletzen kann.

Diese Auffassung, die oben näher dargestellt und erläutert wurde[39], kann zwar nicht eine der Spendelschen Lösung[40] gleichkommende "Systemreinheit" für sich in Anspruch nehmen. Sie wird dafür jedoch der auch auf der Vielgestaltigkeit der Deliktstatbestände beruhenden, äußerst großen Variationsbreite der Ausführungshandlung besser gerecht und führt nicht zu einer empfindlichen und unbefriedigenden Einschränkung der Strafbarkeit. Gegenüber den einzelnen Ausprägungen der subjektiven Versuchstheorie besitzt die hier vertretene Auffassung m.E. den Vorzug, dem Leitgedanken und der Aufgabe des Strafrechts - Rechtsgüterschutz - sowie der daraus folgenden Unrechtsbegründung - Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung - eher zu entsprechen. Außerdem kann mit Hilfe des Prinzips der Risikoerhöhung ausgeschlossen werden, daß jede noch so törichte Handlung Strafe nach sich ziehen kann. Einer Hypertrophie des Strafens, die bei Anwendung der subjektiven Versuchstheorie nicht hätte völlig verhindert werden können, kann demnach mit dem Gedanken der Risikoerhöhung im Bereich des Versuchs begegnet werden.

In Konsequenz der nicht nur hier[41] vertretenen Meinung, nach der die Neuregelung der Strafbarkeit des Versuchs in den §§ 22 ff. und hier vor allem in § 23

---

39) s.o. S. 172 ff. d.A.

40) SPENDEL, Festschrift für Stock, S. 99 ff.

41) vgl. statt vieler MAURACH, AT, S. 5

Abs. 3 des 2.StRG mißglückt ist, und unter Berücksichtigung des hier vertretenen Prinzips der Risikoerhöhung wird nach allem vorgeschlagen, § 23 des 2. StRG wie folgt neu zu fassen[42]:

§ 23 Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.

Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).

Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn nach verständigem Urteil zum Zeitpunkt der Tat nicht auszuschließen war, daß der Versuch die Vollendung eines Verbrechens oder Vergehens herbeiführen konnte.

---

42) in Anlehnung an v.HIPPEL, Strafrecht, S.437 Anm.9 sowie ZStW 42,259 und ZStW 47,56.

LEBENSLAUF

Am 29.November 1944 bin ich als Sohn des Oberamtsrats Heinz Schönwandt und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Dietmann, in Braunschweig geboren. Nach der Grundschule besuchte ich dort ab 1955 das Gymnasium Neue Oberschule, an dem ich Ostern 1964 mein Abitur bestand.

Nach dem Wehrdienst nahm ich im Wintersemester 1965 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität in Göttingen auf. Im Sommersemester 1967 setzte ich mein Studium an der Universität in Freiburg fort und kehrte zum Wintersemester 1967 nach Göttingen zurück. Am 23.Oktober 1970 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Während der Anfertigung der vorliegenden Arbeit war ich sodann als wissenschaftliche Hilfskraft am Juristischen Seminar der Universität in Göttingen tätig. Am 1.August 1972 trat ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle in den juristischen Vorbereitungsdienst. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 19.12.1974 vor dem Justizprüfungsamt in Hannover.

Seit dem 1.1.1975 bin ich Richter im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle.